

University of Groningen

Daderschap en deelneming doorgelicht

Keulen, B.F.; Vellinga-Schootstra, F.; van Dijk, A.A.; Lindenberg, K.; Wolswijk, H.D.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Keulen, B. F., Vellinga-Schootstra, F., van Dijk, A. A., Lindenberg, K., & Wolswijk, H. D. (2010).

Daderschap en deelneming doorgelicht: Onderzoek naar het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraak tegen de achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en Oostenrijkse recht. Paris.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.



rijksuniversiteit
 groningen

faculteit rechtsgeleerdheid

Daderschap en deelneming doorgelicht

**Onderzoek naar het functioneren van de regeling van
daderschap en deelneming in de rechtspraak tegen de
achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en
Oostenrijkse recht**

Prof. mr. B.F. Keulen
Prof. mr. F. Vellinga-Schootstra
Mr. A.A. van Dijk
Mr. K.K. Lindenberg
Mr. H.D. Wolswijk

Augustus 2010

Vakgroep Strafrecht en Criminologie

COLOFON

© 2010 WODC, Ministerie van Justitie. Auteursrechten voorbehouden.

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie.

Vakgroep Strafrecht & Criminologie
Postbus 716
9700 AS Groningen
Telefoon: 0503635630
Email: strcri@rug.nl

Druk: Printcenter Groningen

Woord vooraf

De regeling van daderschap en deelneming is een centraal onderdeel van ons materiële strafrecht. In opdracht van het WODC hebben medewerkers van de vakgroep strafrecht en criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen in de periode van april 2010 tot en met augustus 2010 een onderzoek naar het functioneren van deze regeling uitgevoerd. Dit rapport doet verslag van dat onderzoek.

Aanleiding tot dit onderzoek was het proefschrift van mw. Van Toorenburg. Zij verdedigt daarin dat een 'Einheitstätersystem' te prefereren is boven ons huidige wettelijk stelsel. Oostenrijk kent een dergelijk 'Einheitstätersystem'. Tegen die achtergrond wordt in dit rapport eerst ingegaan op de stand van zaken in Nederland en Oostenrijk. Het functioneren van de huidige regeling van daderschap en deelneming is verkend in interviews met twaalf personen uit de strafrechtspraktijk: leden van de zittende en staande magistratuur en advocaten. Daarvan wordt in het vierde hoofdstuk verslag gedaan. Het vijfde hoofdstuk is concluderend van aard en doet enkele aanbevelingen.

Dit onderzoek was niet mogelijk geweest zonder de bereidwillige medewerking van de verschillende respondenten, waarvan de namen zijn vermeld in bijlage 2. Daarvoor wil ik hen namens de onderzoeksgroep bedanken. Een woord van dank wil ik ook richten tot de door de afdeling Externe Wetenschappelijke Betrekkingen van het WODC ingestelde begeleidingscommissie onder voorzitterschap van prof. mr. C.P.M. Cleiren. De volledige samenstelling van de begeleidingscommissie is te vinden in bijlage 1.

B.F. Keulen

Inhoudsopgave

Samenvatting	1
Hoofdstuk 1 - Inleiding	7
1 <i>De aanleiding tot het onderzoek</i>	7
2 <i>De opzet van het onderzoek</i>	8
3 <i>Beperkingen van het onderzoek</i>	10
Hoofdstuk 2 - Daderschap en deelneming in Nederland	13
1 <i>Inleiding</i>	13
2 <i>De wet en de overwegingen van de wetgever</i>	14
2.1 <i>Het Wetboek van Strafrecht van 1886</i>	14
2.2 <i>Art. 51 Sr: aansprakelijkheid van de rechtspersoon, opdracht- en leidinggevers</i>	21
3 <i>Daderschap en deelneming in de rechtspraak</i>	25
3.1 <i>Het plegen van een strafbaar feit</i>	25
3.1.1 <i>Kwaliteitsdelicten</i>	25
3.1.2 <i>De delictsgedraging; plegen door natuurlijke personen</i>	26
3.1.3 <i>Plegen door rechtspersonen</i>	28
3.1.4 <i>De zelfstandigheid van de uitvoerder</i>	30
3.1.5 <i>Subjectieve bestanddelen</i>	32
3.2 <i>Doen plegen</i>	34
3.3 <i>Medeplegen</i>	35
3.3.1 <i>Samenwerking</i>	35
3.3.2 <i>Het opzet van de medepleger</i>	38
3.3.3 <i>Verdeling van bestanddelen; verschil in kwalificatie</i>	41
3.4 <i>Uitlokken</i>	42
3.5 <i>Medeplichtigheid</i>	44
3.6 <i>Feitelijke leiding geven en opdrachtgeven</i>	48
4 <i>Tenlastelegging, bewijs en kwalificatie</i>	49
4.1 <i>De grondslag van de tenlastelegging en het EVRM</i>	49
4.2 <i>Een opgave van plaats, feit en tijd</i>	51
4.3 <i>Op grondslag van de tenlastelegging</i>	53
Hoofdstuk 3 - Daderschap en deelneming in Oostenrijk	59
1 <i>Inleiding</i>	59
2 <i>Het 'Einheitstätersystem'</i>	59
2.1 <i>De idee van het 'Einheitstätersystem'</i>	59
2.2 <i>De paradigma's 'Teilnahmesystem' en 'Einheitstätersystem'</i>	60
2.3 <i>Het Oostenrijkse 'Einheitstätersystem'</i>	64
3 <i>Daderschapsvormen</i>	65
3.1 <i>Inleiding</i>	65
3.2 <i>'Unmittelbare Täterschaft'</i>	66
3.2.1 <i>Inleiding</i>	66
3.2.2 <i>'Unmittelbarer Alleintäter'</i>	66
3.2.3 <i>'Unmittelbarer Mittäter'</i>	67
3.3 <i>'Bestimmungstäter'</i>	70

3.3.1	<i>Inleiding</i>	70
3.3.2	<i>Belangrijke aspecten</i>	70
3.4	<i>‘Beitragstäterschaft’</i>	72
3.4.1	<i>Inleiding</i>	72
3.4.2	<i>Belangrijke aspecten</i>	72
3.5	<i>Enkele overkoepelende aspecten van ‘Bestimmungs’- en ‘Beitragstäterschaft’</i>	74
3.5.1	<i>Opzet-kwesties</i>	74
3.5.2	<i>‘Fahrlässige Beteiligung’</i>	75
3.5.3	<i>Strafuitsluitingsgronden</i>	77
4	<i>‘Sonderdelikte’</i>	78
5	<i>Daderschap en poging</i>	80
5.1	<i>Inleiding</i>	80
5.2	<i>Strafbaarheid van poging</i>	81
5.3	<i>Vrijwillig terugtreden</i>	82
6	<i>Strafbaarheid van rechtspersonen</i>	83
7	<i>Bijzondere strafverhogings- en strafverlagingsgronden</i>	85
7.1	<i>Inleiding</i>	85
7.2	<i>De verschillende strafverhogings- en verlagingsgronden</i>	87
8	<i>Strafprocessuele aspecten</i>	91
8.1	<i>Algemeen</i>	91
8.2	<i>Rechtsmiddelen</i>	92
8.3	<i>‘Wahlfeststellung’</i>	94
Hoofdstuk 4 - Interviews		97
1	<i>De opzet van de interviews</i>	97
2	<i>Algemene aspecten</i>	97
3	<i>Uitlokken en doen plegen</i>	98
4	<i>Functioneel plegen</i>	99
5	<i>Medeplegen</i>	100
6	<i>De tenlastelegging van medeplegen</i>	102
7	<i>Medeplichtigheid</i>	103
8	<i>Vereenvoudiging van de wettelijke regeling?</i>	105
9	<i>Rechtspersoon</i>	106
Hoofdstuk 5 - Conclusies		109
1	<i>Inleiding</i>	109
2	<i>Plegen door natuurlijke personen</i>	109
3	<i>Uitlokken en doen plegen</i>	110
4	<i>Medeplegen en medeplichtigheid</i>	113
5	<i>Tenlastelegging, bewijs en kwalificatie</i>	116
6	<i>Daderschap rechtspersoon en feitelijk leiding geven</i>	119
7	<i>Afronding</i>	120
Summary		121
Literatuur		127
Vragenlijst rechters en advocaten		131
Vragenlijst leden van het openbaar ministerie		136
Bijlage 1 - Samenstelling begeleidingscommissie		143
Bijlage 2 - Respondenten		144

Samenvatting

In het Nederlandse Wetboek van Strafrecht wordt al sinds 1886 naast de aansprakelijkheid wegens plegen de aansprakelijkheid wegens deelneming onderscheiden. Mw. mr. M.M. van Toorenburg verdedigt in haar uit 1998 daterende proefschrift dat een 'Einheitstätersystem' te prefereren is boven dit wettelijk stelsel. Kenmerkend voor een 'Einheitstätersystem' is dat alle betrokkenen dader zijn en dat op iedereen hetzelfde strafmaximum van toepassing is. Pas bij de straftoemeting wordt naar ieders aandeel gekeken. Oostenrijk kent een 'Einheitstätersystem', dat door Van Toorenburg wordt besproken. De analyse van Van Toorenburg vormt de aanleiding tot dit onderzoek, dat zich richt op het functioneren van de bestaande (Nederlandse) regeling van daderschap en deelneming.

Na een inleidend hoofdstuk waarin aanleiding, opzet en beperkingen van het onderzoek zijn uiteengezet, wordt in het tweede hoofdstuk een beschrijving van het Nederlandse recht inzake daderschap en deelneming gegeven. Eerst wordt op de wetsgeschiedenis van de geldende bepalingen ingegaan. Daaruit blijkt dat destijds uitgebreid is gesproken over de verhouding tussen medeplegen en medeplichtigheid. Het onderscheid tussen beide deelnemingsfiguren genoot blijkens die discussie destijds brede steun. Maar zeker de kamerleden gaven er blijk van zich er goed van bewust te zijn dat vooraf geen duidelijke grens te trekken viel. Zij vertrouwden in dat opzicht op de rechtspraktijk.

Ook het opzet van de deelnemer is uitgebreid aan de orde geweest. Uit de discussie blijkt dat de medepleger volgens de wetgever niet anders behandeld moet worden dan de pleger. Bestanddelen waar de pleger geen opzet op behoeft te hebben, zijn ook bij de medepleger aan het opzet onttrokken. Bij de uitlokker werd een wat andere benadering gekozen. Hoofddregel is dat de uitlokker alleen aansprakelijk is voor handelingen die hij opzettelijk heeft uitgelokt. Een wettelijke uitzondering op deze regel zijn de straf-verzwarende gevolgen. Die komen ook bij de uitlokker 'in aanmerking'. Bij de medeplichtige heeft de wetgever een vergelijkbare benadering gekozen, maar is de processuele verwerking anders. Het minder verstrekkende opzet van de medeplichtige komt niet in de kwalificatie tot uiting, maar bij het bepalen van de straf.

Een aandachtspunt voor de wetgever waren voorts de uitlokkingsmiddelen. Tijdens de plenaire behandeling wordt de limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen ter discussie gesteld. Maar minister Modderman voelt er niets voor, dat limitatieve karakter te doorbreken. De uitlokkingsmiddelen zijn later evenwel uitgebreid doordat in 1924 de medeplichtigheidsmiddelen (het verschaffen van gelegenheid, middelen en inlichtingen) ook uitlokkingsmiddelen zijn geworden.

Het in 1976 ingevoerde art. 51 Sr hield volgens de wetgever geen principiële vernieuwing in. Een nadere duiding van de gevallen waarin een daad van de rechtspersoon of feitelijk leiding geven aan zo'n daad kan worden aangenomen, is in de wetsgeschiedenis eigenlijk niet te vinden.

Daarna wordt de jurisprudentie inzake daderschap en deelneming besproken. Daaruit springt in de eerste plaats naar voren dat het bij het plegen niet alleen gaat om daders die 'eigenhandig' de delictomschrijving vervullen. Ook functioneel plegen door natuurlijke personen (kort gezegd: bewerkstelligen dat een ander een strafbaar feit tot stand brengt) behoort bij veel delicten tot de mogelijkheden. En veel delicten kunnen door rechtspersonen worden gepleegd. De criteria voor functioneel plegen en

daderschap van de rechtspersoon zijn niet volledig duidelijk; maar helder is wel dat de criteria van het Drijfmestarrest (HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis) bij rechtspersonen zich goed lenen voor een op het geval toegesneden benadering. Een beperking van het plegen is nog steeds gelegen in de eis dat een impliciet of expliciet door de delictsomschrijving geëiste kwaliteit bij de pleger aanwezig moet zijn. Verder kan de rol van de uitvoerder zo zelfstandig zijn, dat de 'bewerker' van het delict niet als pleger kan worden aangemerkt. Door de delictsomschrijving geëiste opzet of schuld moet bij de pleger zelf aanwezig zijn. Bij de rechtspersoon kan dat opzet via toerekening van opzet van natuurlijke personen worden vastgesteld. Maar het kan ook uit een gang van zaken worden afgeleid die gedragingen betreft welke voor rekening van de rechtspersoon komen.

Doen plegen kan alleen worden aangenomen als de uitvoerder ter zake van het tenlastegelegde delict straffeloos is. De reikwijdte van het medeplegen is sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht steeds verder verruimd. Het Containerdiefstalarrest (HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 m.nt. ThWvV) was een belangrijke mijlpaal doordat lijfelijke aanwezigheid sindsdien geen vereiste meer is voor medeplegen. In latere rechtspraak is aangenomen dat een bewuste en nauwe samenwerking volstaat. Zich niet distantiëren van een strafbaar feit is op zichzelf genomen onvoldoende om medeplegen aan te nemen, maar kan een belangrijke rol spelen in een bewijsmotivering van medeplegen. Wat het opzet van de medepleger betreft, werkt de Hoge Raad met een soort globaal opzet waarbij de vaststelling van een bewuste en nauwe samenwerking soms voorwaardelijk opzet op de gepleegde feiten lijkt in te sluiten.

Uit de jurisprudentie inzake uitlokking blijkt dat de uitlokkingsmiddelen ruim worden geïnterpreteerd. Enig verschil tussen het door de uitlokker beoogde en het gepleegde misdrijf staat niet aan aansprakelijkheid in de weg. Dat geldt ook bij de medeplichtigheid: het misdrijf moet binnen een bepaalde bandbreedte vallen ten opzichte van het misdrijf dat de medeplichtige voor ogen stond. Bij het bepalen van de straf vervult art. 49 lid 4 Sr een corrigerende functie.

Bij het feitelijk leidinggeven zijn blijkens de jurisprudentie nog steeds de zogenaamde Slavenburgercriteria doorslaggevend, waarin het achterwege laten van maatregelen ter voorkoming van gedragingen en bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat zij zich zullen voordoen centraal staat.

Vervolgens wordt, als laatste onderdeel van hoofdstuk 2, het procesrecht besproken dat de toepassing van de regeling van daderschap en deelneming beheerst. Uit art. 6 EVRM vloeit een zekere binding van de rechter aan de tenlastelegging voort. Doorslaggevend zijn uiteindelijk de verdedigingsrechten: heeft de informatie die de verdachte over de beschuldiging heeft gekregen, hem in staat gesteld zich te verdedigen tegen de feiten waar hij voor veroordeeld is.

In Nederland wordt evenwel gewerkt met een grondslagstelsel dat een sterkere binding van de rechter aan de tenlastelegging impliceert. De ten laste gelegde deelnemingsfiguur wordt in de tenlastelegging tot uitdrukking gebracht, en de rechter kan geen andere deelnemingsfiguur bewezen verklaren dan ten laste is gelegd. Tegen deze achtergrond is het goed te begrijpen wanneer alle in aanmerking komende vormen van daderschap en deelneming in de vorm van alternatieve of subsidiaire tenlasteleggingen worden verwerkt.

Het derde hoofdstuk is gewijd aan het Oostenrijkse 'Einheitstätersystem'. Dader in een 'Einheitstätersystem' is niet alleen, zoals in een klassiek 'Teilnahmesystem', ieder

die zelfstandig en onmiddellijk alle bestanddelen van een delictsomschrijving vervult, maar iedereen die aan de totstandkoming van het strafbare feit bijdraagt. Het concept 'Einheitstätersystem' verschilt op een aantal punten fundamenteel van het concept 'Teilnahmesystem'. Zo worden alle deelnemers als daders aangemerkt, en ligt het zwaartepunt op een gedifferentieerde straftoematingsregeling. En deelnemers worden niet gestraft wegens hun bijdrage aan door de dader gepleegd onrecht maar wegens zelf veroorzaakt onrecht. Begripsmatige onderscheidingen binnen het 'Einheitstätersystem' hebben geringe betekenis en verkeerde kwalificaties hebben weinig tot geen processuele gevolgen.

Binnen het 'Einheitstätersystem' kan worden onderscheiden tussen het formele systeem (dat niet differentieert) en het functionele (dat onderscheidt tussen verschillende soorten daders). Het Oostenrijkse stelsel is door het Oberster Gerichtshof in 1993 als een functioneel 'Einheitstätersystem' aangemerkt. In § 12 öStGB worden drie daderschapsvormen onderscheiden: de 'unmittelbare Täter', de 'Bestimmungstäter' en de 'Beitragstäter'. Alledrie de daderschapsvormen gelden voor alle strafbare feiten. De 'unmittelbare Täter' kan 'Alleintäter' of 'Mittäter' zijn. Vereist daarvoor is dat de uitvoeringshandeling ('Alleintäter') respectievelijk een uitvoeringshandeling ('Mittäter') van het delict wordt verricht. Dat is een formeel en betrekkelijk eenvoudig criterium. Aan een afbakening op basis van een waarderende beoordeling van iemands bijdrage bestaat geen behoefte nu het hier 'binnengrenzen' binnen het 'Einheitstätersystem' betreft en alle daderschapsvormen gelijkwaardig zijn.

'Bestimmungstäterschaft' en vooral 'Beitragstäterschaft' kunnen niet zonder een waarderende maatstaf worden afgegrensd. 'Bestimmungstäterschaft' veronderstelt twee gedragingen: het 'bestimmen' van de ander tot de uitvoeringshandeling en de uitvoeringshandeling zelf (kwantitatieve accessoriteit). De 'Beitragstäter' is degene die op andere wijze aan de uitvoering van het strafbare feit bijdraagt. Die bijdrage moet de uitvoeringshandeling bevorderen. Zij kan bestaan in een nalaten, maar alleen als uit een 'Garantenstellung' een verplichting tot handelen voortvloeit. De 'Bestimmungstäter' resp. de 'Beitragstäter' moet de voor de verwerkelijking van het delict vereiste schuldvorm hebben, of de uitvoerder die schuldvorm heeft is voor zijn strafbaarheid irrelevant. Bij 'Bestimmungstäterschaft' noch 'Beitragstäterschaft' is immers *kwalitatieve* accessoriteit een vereiste: de door de ander verrichte (objectieve) uitvoeringshandeling hoeft geen strafbaar feit te zijn en die ander hoeft geen strafbare (onmiddellijke) dader te zijn. Eenieder wordt gestraft voor 'eigenes Unrecht und Eigene Schuld'.

Bij de bespreking van de poging blijkt dat het onderscheid tussen de daderschapsvormen niet helemaal zonder belang is. Poging tot onmiddellijk daderschap en 'Bestimmungstäterschaft' is namelijk wel strafbaar, poging tot 'Beitragstäterschaft' niet. Voor kwaliteitsdelicten kent het Oostenrijkse wetboek een aparte regeling, die deelneming daaraan in een deel van de gevallen strafbaar maakt. Het Oostenrijkse strafrecht kent ook de strafbaarheid van de rechtspersoon. Die strafbaarheid wordt door de wet gebaseerd op strafbare gedragingen van 'Entscheidungsträgers' en 'Mitarbeiters'. In § 33 en 34 staan gronden voor strafverhoging en strafverlaging geformuleerd waarvan enkele de daderschapsvormen direct raken. Zo is het een strafverzwarringsgrond wanneer de 'Täter' iemand anders 'zur strafbaren Handlung erführt hat', en is het een strafverminderingsgrond wanneer hij de daad 'unter den Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat' of bij het delict 'nur in untergeordneter Weise beteiligt war'.

Wat het Oostenrijkse strafprocesrecht betreft is vooral van belang dat uit de ‘rechtliche Gleichwertigkeit’ wordt afgeleid dat bij het Oberster Gerichtshof niet met vrucht geklaagd kan worden over de door de rechter in eerste aanleg van toepassing geachte daderschapsvorm, als wel van een andere daderschapsvorm sprake is. Daarnaast bleek dat het Oostenrijkse recht de ‘Wahlfeststellung’ oftewel alternatieve kwalificatie kent. Die kan bijvoorbeeld worden toegepast wanneer op grond van de feiten kan worden vastgesteld dat van ‘unmittelbarer Mittäterschaft’ of ‘Beitragstäterschaft’ sprake is, maar niet welke van beide.

Centraal in dit onderzoek staat de vraag of de (Nederlandse) deelnemingsregeling in de rechtspraktijk als onhelder en omslachtig wordt ervaren. Het functioneren van de huidige regeling van daderschap en deelneming is verkend in interviews met twaalf personen uit de strafrechtspraktijk: leden van de zittende en staande magistratuur en advocaten. Het vierde hoofdstuk doet daarvan verslag.

Veel geïnterviewden gaven aan dat uitlokking zelden ten laste wordt gelegd. De limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen wordt alleen al tegen die achtergrond niet als knellend ervaren. Bijna unaniem waren de respondenten in hun oordeel dat de figuur van het doen plegen kan worden gemist. Het schrappen van doen plegen zou tot gevolg hebben dat meer gevallen onder uitlokking zouden kunnen worden gebracht. Enkele respondenten gaven aan dat de uitlokkingsmiddelen dan wel moeten worden geschrapt of uitgebreid met misbruik van overwicht. In verschillende interviews wordt de mening geuit dat van de figuur van het functioneel plegen veel meer gebruik zou kunnen worden gemaakt, met name bij commune delicten.

De respondenten menen dat soms niet duidelijk is wanneer van medeplegen kan worden gesproken en wanneer de weegschaal moet doorslaan naar de medeplichtigheid. Verder menen een aantal geïnterviewden dat enige onduidelijkheid bestaat over de rol die het zich niet distantiëren kan spelen bij het bewijs van medeplegen, en over de vraag wanneer van medeplegen kan worden gesproken ondanks de afwezigheid van één van de betrokkenen bij de feitelijke uitvoering van het strafbare feit. De ondervraagde leden van de rechterlijke macht verbazen zich over het menigmaal ontbreken in de tenlastelegging van medeplichtigheid als subsidiair verwijt. Van een automatisme waarbij medeplichtigheid altijd subsidiair ten laste wordt gelegd is zeker geen sprake. Door de gebondenheid aan de grondslag van de tenlastelegging kan de rechter niet tot bewezenverklaring en kwalificatie van een andere dan de tenlastegelegde deelnemingsvorm komen. De keuze om dat mogelijk te maken zou echter, zo signaleert een respondent, tot gevolg hebben dat belangrijke voordelen van de grondslagleer overboord moeten worden gezet. Die prijs zou wel eens te hoog kunnen zijn. De geïnterviewde leden van het openbaar ministerie geven er de voorkeur aan het medeplegen zo globaal mogelijk ten laste te leggen. In gevallen waarin een subsidiaire tenlastelegging van medeplichtigheid ontbreekt, heeft menig rechter wel eens de grenzen van het medeplegen opgezocht.

Over de afgrenzing van strafwaardig gedrag door de medeplichtigheid bestaat weinig onduidelijkheid. De grens tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid wordt niet als heel lastig ervaren; één van de rechters merkt op dat deze grens in HR 24 maart 2009, LJN BG4831 eigenlijk al is opgeheven. Over passieve medeplichtigheid bestaat blijkens de interviews wel de nodige onduidelijkheid. Een deel van de geïnterviewden geeft aan dat de trits ‘gelegenheid, middelen of inlichtingen’ kan worden geschrapt. Eén respondent stelt voor om het onderscheid tussen medeplichtigheid en medeplegen te laten vervallen, een andere om daar in

ieder geval goed over na te denken. Andere respondenten hebben daartegen bezwaren die vooral op overwegingen van legaliteit berusten en op de (geringere) strafwaardigheid van de bijdrage van de medeplichtige. Het Oostenrijkse model wordt door weinigen van de respondenten die zich daar over uitlaten aantrekkelijk gevonden.

Wat de rechtspersoon betreft komt uit de interviews naar voren dat de Drijfmestcriteria een goed richtsnoer geven bij de vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon, al moet de betekenis daarvan niet worden verabsoluteerd. Wel meent een advocaat dat de criteria te ruim zijn. Een respondent uit het openbaar ministerie meent dat te snel de conclusie wordt getrokken dat opzet van de rechtspersoon niet kan worden vastgesteld. Wat het feitelijk leidinggeven betreft menen de respondenten dat de Slavenburgcriteria een goede en rechtvaardige begrenzing van de aansprakelijkheid geven.

Het vijfde en laatste hoofdstuk is concluderend van aard. Leidend daarbij is de vaststelling dat uit de gesprekken niet als algemeen beeld naar voren komt dat de Nederlandse wettelijke regeling van daderschap en deelneming als problematisch wordt ervaren. Wel is er blijkens de gesprekken aanleiding te verkennen of in de wettelijke regeling van daderschap en deelneming en de wijze waarop deze in de praktijk gehanteerd wordt op een enkel punt verbetering kan worden aangebracht.

Bij het plegen trekt dan de mogelijke onderbenutting van de figuur van het functioneel plegen de aandacht. Uit de interviews kwam een mogelijke verklaring voor deze onderbenutting naar voren. Bij het tenlasteleggen van commune delicten wordt gewerkt met modellen waarin deelnemingsconstructies centraal staan. Naar onze mening verdient het aanbeveling dat het OM zich inspant deze praktijk aan te passen.

Toepassing van de deelnemingsfiguren uitlokking en doen plegen is in de strafrechtelijke praktijk sterk teruggelopen. De scheidslijn tussen beide deelnemingsfiguren wordt bovendien getrokken aan de hand van een criterium waarvoor moeilijk een overtuigende ratio gevonden kan worden. Wat de uitlokkingsmiddelen betreft meent een deel van de respondenten dat deze met de medeplichtigheidsmiddelen kunnen worden afgeschaft. Een ander deel ziet er een goed handvat in om de aansprakelijkheid van de uitlokker vorm te geven. Dat handvat kan echter ook bij het doorbreken van het limitatieve karakter van de opsomming behouden blijven. Voorgesteld wordt om twee samenhangende wijzigingen in de wettelijke regeling van doen plegen en uitlokking aan te brengen. Doen plegen kan worden geschrapt. En de beperking van strafbare uitlokking door een limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen kan worden losgelaten.

Wat medeplegen en medeplichtigheid betreft, is de centrale vraag of medeplichtigheid als afzonderlijke deelnemingsconstructie met een nauwkeurig omschreven reikwijdte, een beperkter bereik en lagere strafmaxima nog steeds bestaansrecht heeft. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever zich van het weinig strakke karakter van de grens tussen medeplegen en medeplichtigheid bewust is geweest. De vraaggesprekken laten zien dat voor de keuze om tussen beide te onderscheiden nog steeds steun bestaat, al zijn er ook andere geluiden te horen. Daarmee is niet gezegd dat, bij behoud van het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid, aan de begrenzing tussen beide deelnemingsfiguren niets te verbeteren valt. Bij medeplegen valt vooral te denken aan verduidelijking door nieuwe jurisprudentie. Wat medeplichtigheid betreft ligt naar onze mening een vereenvoudiging van de wettelijke regeling voor de hand. Gedacht zou kunnen

worden aan een formulering waarbij als medeplichtigen van een misdrijf worden gestraft zij die opzettelijk het plegen van dat feit hebben bevorderd of gemakkelijk gemaakt.

Wat het procesrecht betreft dat de toepassing van daderschap en deelneming beheerst, valt op dat voor het Nederlandse grondslagstelsel nog steeds brede steun bestaat. Mede tegen die achtergrond ligt het niet in de rede om in dit rapport, dat betrekking heeft op deelnemingsfiguren, dat stelsel min of meer ten principale ter discussie te stellen. Dat brengt met zich mee dat in gevallen waarin medeplichtigheid niet (subsidiar) ten laste is gelegd, geen mogelijkheden bestaan om tot een bewezenverklaring van medeplichtigheid te komen. Misschien kan de voorgestelde vereenvoudiging van medeplichtigheid echter wel meebrengen dat dit geval zich minder vaak voordoet.

De mogelijkheid van alternatieven in bewezenverklaringen en kwalificaties wordt door de Hoge Raad tot dusver beperkt tot keuzes die voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde niet van belang zijn. En de keuze tussen plegen, medeplegen, uitlokking en doen plegen wordt van belang geacht voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Ons inziens is er reden om bij realisatie van de voorgestelde aanpassingen in de deelnemingsregeling deze keuze te heroverwegen omdat de verschillen tussen plegen, medeplegen en uitlokking daardoor afnemen. Daarnaast verdient het ons inziens aanbeveling om met een wetswijziging alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie als medeplegen en medeplichtigheid mogelijk te maken, en wettelijk te verankeren dat in dergelijke situaties het laagste strafmaximum van toepassing is.

Wat de criteria voor het daderschap van de rechtspersoon en het feitelijk leiding geven betreft, ten slotte, wordt geen aanpassing voorgesteld.

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1 *De aanleiding tot het onderzoek*

In het Nederlandse Wetboek van Strafrecht wordt al sinds 1886 naast de aansprakelijkheid wegens plegen de aansprakelijkheid wegens deelneming onderscheiden. Als daders van een strafbaar feit worden gestraft zij die het feit plegen, doen plegen, medeplegen of uitlokken. En daarnaast kent het Wetboek nog de aansprakelijkheid wegens medeplichtigheid. Veel recenter, in 1976, is in het Wetboek van Strafrecht de aansprakelijkheid van de rechtspersoon en van degenen die opdracht tot of feitelijke leiding aan de verboden gedraging van de rechtspersoon hebben gegeven verankerd.

Mw. mr. M.M. van Toorenburg verdedigt in haar uit 1998 daterende proefschrift dat een 'Einheitstätersystem' te prefereren is boven dit wettelijk stelsel.¹ Zij komt tot haar standpunt tegen de achtergrond van een analyse van de jurisprudentie inzake medeplegen. Hoewel Van Toorenburg niet de indruk wil wekken kritiek te hebben op het criterium inzake medeplegen als zodanig (bewuste en nauwe samenwerking) komt zij tot de conclusie: 'In feite ontbreekt elk houvast.'² Dat wrekt zich in haar visie vooral waar het de verhouding tot de deelnemingsfiguur medeplichtigheid betreft. De 'scheidingslijn tussen de deelnemingsfiguren medeplegen en medeplichtigheid' was volgens haar in 1886 al 'niet zo duidelijk en door de ontwikkeling die het medeplegen heeft doorgemaakt is het onderscheid alleen nog maar problematischer geworden.'³ Tegen die achtergrond bespreekt Van Toorenburg het alternatief van het 'Einheitstätersystem'.⁴

Kenmerkend voor een 'Einheitstätersystem' is dat alle betrokkenen dader zijn en dat op iedereen hetzelfde strafmaximum van toepassing is. Verder is in een 'Einheitstätersystem' geen plaats voor een accessoiriteitsbeginsel. Van Toorenburg onderscheidt in navolging van anderen twee systemen: het formele en het functionele. In het formele 'Einheitstätersystem' is geen plaats ingeruimd voor verwijzingen naar vormen van betrokkenheid. In het functionele 'Einheitstätersystem' is dat wel het geval; het kent verschillende daderschapstypen. Van Toorenburg noemt als voorbeeld § 12 van het 'Strafgesetzbuch Österreich': 'Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt'. Het Oostenrijke 'Einheitstätersystem' wordt door Van Toorenburg aangeduid als een 'Mehrtypensystem': naast de persoon die een delict onmiddellijk pleegt staan de 'Bestimmungstäter' en de 'Beitragstäter'. De Oostenrijkers richten zich daarbij volgens Van Toorenburg vooral op de buitengrenzen van de verschillende daderschapstypen; aan de grenzen tussen de 'Bestimmungstäter' en de 'Beitragstäter' wordt nauwelijks belang gehecht.

¹ Van Toorenburg 1998.

² Van Toorenburg 1998, p. 145.

³ Van Toorenburg 1998, p. 249.

⁴ Van Toorenburg 1998, p. 262-271. Zij hanteert daarbij de definitie van Jescheck: 'Der Einheitstäterbegriff betrachtet jeden Beteiligten, der einen ursächlichen Beitrag zur verwirklichung des Tatbestandes leistet, als Täter, ohne Rücksicht darauf, welche Bedeutung seiner Mitwirkung im Rahmen des Gesamtgeschehens zukommt.'

Waar het in Oostenrijk om gaat, aldus Van Toorenborg, is dat in het strafproces ‘voldoende duidelijk komt vast te staan wat verdachtes feitelijke bijdrage aan het geheel is geweest. Zo duidelijk, dat verdachtes aandeel onder één van de in § 12 ÖStGB opgenomen daderschapsvormen kan worden gerangschikt. In het uiteindelijke vonnis spelen deze feiten (‘ausreichender Sachverhaltsfeststellungen’) een belangrijke rol, want is het vonnis ten aanzien van de *feiten* onduidelijk, dan kan de veroordeelde bij het Oberster Gerichtshof de nietigverklaring van dit vonnis vorderen. In het vonnis zal, indien zij van toepassing zijn, eveneens uitdrukkelijk naar §. 12.2 (‘Bestimmungstäterschaft’) dan wel § 12.3 (‘Beitragstäterschaft’) worden verwezen, doch aan deze kwalificaties wordt aanmerkelijk minder belang gehecht. Het is dit aspect waaromtrent zich het bijzondere van het ‘Einheitstäterschaft’ opdringt. (...) Het Oberster Gerichtshof heeft uitdrukkelijk bepaald dat een verdachte zich er, wegens de ‘rechtliche Gleichwertigkeit’ van de verschillende daderschapsvormen, niet over kan beklagen dat de rechter een *verkeerde* daderschapsvorm heeft toegepast. (...) Het systeem biedt de rechter zelfs de mogelijkheid in het geheel geen keuze ten aanzien van de daderschapsvorm te maken. (...) Men spreekt dienaangaande van een *Wahlfeststellung*, iets wat in de Nederlandse literatuur een (overigens in Nederland in beginsel niet tot de mogelijkheden behorend) *alternatief vonnis* wordt genoemd.’⁵

De straftoemeting wordt vervolgens genormeerd doordat ‘in de wet een gedifferentieerde straftoemetingsregeling is opgenomen.’ (...) Ten aanzien van de deelneming zijn met name de volgende strafverzwarringsgronden van belang:

- ‘§ 33. Eine Erschwerungsgrund ist es insbesondere wenn der Täter
3. einen anderen zur strafbaren Handlung verführt hat;
 4. der Uhrheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung oder an einer solchen Tat führend beteiligt gewesen ist;
 7. bei Begehung der Tat die Wehr- oder Hilflosigkeit eines anderen ausgenützt hat.’

De in dit verband relevante strafverminderinggronden luiden:

- ‘§ 34. Ein Milderungsgrund ist es insbesondere wenn der Täter
4. die Tat unter Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat;
 6. an einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung nur in untergeordneter Weise beteiligt war.’⁶

Deze analyse van Van Toorenborg vormt de aanleiding tot dit onderzoek. De opdrachtgever, het WODC, wil op verzoek van Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie, tegen de achtergrond van het door Van Toorenborg bepleite alternatief de ervaringen van de rechtspraak met bestaande deelnemingsfiguren verkennen.

2 De opzet van het onderzoek

Het functioneren van de huidige regeling van daderschap en deelneming is verkend in gesprekken met twaalf personen uit de strafrechtspraak: leden van de zittende en staande magistratuur en advocaten. Dat is niet een zeer groot aantal. Het kwam

⁵ Van Toorenborg 1998, p. 271-273.

⁶ Van Toorenborg 1998, p. 274.

onderzoekers en opdrachtgever voor dat een beperkt aantal uitgebreide gesprekken met personen die hun sporen in de strafrechtspraktijk hebben verdiend een beter zicht op het functioneren van dit centrale leerstuk van materieel strafrecht kan opleveren dan een oppervlakkiger bevraging van velen.

Het volgende, tweede hoofdstuk bevat een beschrijving van het Nederlandse recht inzake ouderschap en deelneming. De ambities van deze tekst zijn bescheiden. Onduidelijkheden worden niet opgehelderd en er worden geen voorstellen tot aanpassing van het geldend recht gedaan. Wel worden enkele suggesties uit de literatuur tot aanpassing van de geldende regeling vermeld, zonder dat terzake een standpunt wordt ingenomen. Beoogd is de lezer aldus een betrekkelijk neutraal beeld te schetsen van het functioneren van de onderhavige regeling. De gekozen opzet sluit ook aan bij een specifiek doel van deze beschrijving: het bieden van een gelegenheid aan de respondenten om zich op het vraaggesprek voor te bereiden. De interviews strekken ertoe, ervaringen in de rechtspraktijk met de regeling van ouderschap en deelneming in kaart te brengen. Daarbij past dat in de beschrijving sterk het accent is gelegd op de weergave van tal van casusposities en beslissingen in arresten. En daarom is ook niet volstaan met een beschrijving van het materiële recht, maar is tevens aandacht besteed aan de tenlastelegging, het bewijs en de kwalificatie van vormen van ouderschap en deelneming. De ervaringen van de rechtspraktijk met het bestaande stelsel van ouderschap en deelneming worden mede bepaald door de wijze waarop dit stelsel procesrechtelijk wordt gehanteerd.

Er is nog een belangrijke reden om ook aan procesrechtelijke aspecten aandacht te besteden. Uit de weergegeven opvattingen van Van Toorenburg volgt al dat haar voorkeur voor een 'Einheitstätersystem' zijn grondslag mede in formeelrechtelijke aspecten lijkt te vinden. Dat blijkt nog duidelijker in het laatste hoofdstuk van haar dissertatie, waar zij de vraag bespreekt of invoering van het 'Einheitstätersystem' in ons Wetboek van Strafrecht aanbeveling verdient. In de 'persoonlijke afweging' die zij in dit hoofdstuk maakt, signaleert zij als 'winst van een dergelijke wetswijziging (..) dat de Officier van Justitie niet langer - bijvoorbeeld primair medeplegen en subsidiair medeplichtigheid in zijn tenlastelegging behoeft op te nemen, maar een verdachte in één keer ten laste zou kunnen leggen: 'dat hij (toen en daar) opzettelijk het delict heeft bevorderd of anderszins aan de totstandkoming ervan heeft bijgedragen, doordat hij ..' (stel: mede het plan heeft bedacht, is meegegaan naar de plaats van het delict, het slachtoffer heeft vastgehouden etc.). (..) Vervolgens is het aan de rechter om te beoordelen of het tenlastegelegde kan worden bewezen, waarbij opnieuw verdachtes werkelijke betrokkenheid, zijn bijdrage aan het delict, centraal zal staan. Het bijna geforceerde toetsen van de feiten aan de vereisten van de diverse deelnemingsvormen, het ernaartoe redeneren, waarbij over de uitkomst (medeplegen?, medeplichtigheid?) eindeloos kan worden gediscussieerd, kan achterwege blijven.⁷ De winst die Van Toorenburg bespreekt is, zo blijkt, vooral procesrechtelijke winst.

Het derde hoofdstuk gaat in op het Oostenrijkse recht. Dit hoofdstuk is anders van opzet dan het Nederlandse hoofdstuk. Ook dat hangt samen met het doel van dit hoofdstuk. Dat doel was, zowel de respondenten als de (andere) lezers van dit rapport enig inzicht te bieden in het stelsel dat, in de opvatting van Van Toorenburg, te prefereren is boven het huidige Nederlandse stelsel. Daartoe wordt eerst de 'geboorte' van het concept van de 'Einheitstäter' uiteengezet, en worden de paradigma's 'Teilnahmesystem' en 'Einheitstätersystem' naast elkaar gezet. In de bespreking van

⁷ Van Toorenburg 1998, p. 296-297.

het Oostenrijkse recht worden eerst de drie daderschapsvormen besproken; daarna wordt bijzondere aandacht besteed aan enige bijzondere thema's: kwaliteitsdelicten ('Sonderdelikte'), daderschap en poging, strafbaarheid van rechtspersonen en bijzondere strafverhogings- en strafverlagingsgronden. Aan het eind wordt kort aandacht besteed aan twee strafprocessuele aspecten: de al door Van Toorenburg genoemde 'Wahlfeststellung' en de Oostenrijkse regeling van rechtsmiddelen.

Doel van deze beide hoofdstukken is, antwoord te geven op de eerste beide onderzoeksvragen:

1. Hoe zijn daderschap en deelneming in Nederland en Oostenrijk geregeld? Waarin verschillen deze stelsels, en waarin komen ze overeen?
2. Hoe worden daderschaps- en deelnemingsfiguren in Nederland en Oostenrijk ten laste gelegd? In welke mate is de rechter in deze landen bij bewijs en kwalificatie op dit punt aan de tenlastelegging gebonden?

Het vierde hoofdstuk betreft de interviews die, als aangegeven, met twaalf praktijkjuristen zijn gehouden. Leidraad bij deze interviews was een vragenlijst, die als bijlage is opgenomen. Voorafgaand aan de interviews is elk van de respondenten de vragenlijst en een concept van de hoofdstukken over het Nederlandse en Oostenrijkse recht toegezonden. Daarbij is aangegeven dat het op prijs werd gesteld wanneer de vragenlijst zou worden doorgenomen, en dat beide concepten desgewenst bij wijze van voorbereiding gelezen konden worden. Van de geboden vrijheid is door de respondenten op verschillende wijze gebruik gemaakt. In het vierde hoofdstuk zijn de belangrijkste resultaten van de vraaggesprekken weergegeven.

Doel van dit hoofdstuk is, antwoord te geven op de derde onderzoeksvraag:

3. Blijkt uit het functioneren van de deelnemingsfiguren in de Nederlandse rechtspraktijk van problemen en, zo ja, welke?

Het vijfde en laatste hoofdstuk, ten slotte, is concluderend van aard. Voortbouwend op de resultaten van de interviews en de hoofdstukken over Nederland en Oostenrijk is een antwoord geformuleerd op de vierde onderzoeksvraag:

4. Op welke onderdelen en op welke wijze zou in het systeem van deelnemingsfiguren verbetering gebracht kunnen worden? Genieten deze voorstellen tot verbetering steun in de rechtspraktijk?

3 Beperkingen van het onderzoek

Het onderhavige onderzoek kende een korte looptijd. Het is aanbesteed in februari 2010 en het is afgerond in augustus 2010. Het onderzoek had ook een beperkte doelstelling. Doel was niet een volledige evaluatie van de huidige regeling van daderschap en deelneming. Doel was ook niet een (rechts)vergelijking met andere stelsels als zodanig. En doel was ten slotte ook niet een uitputtende verkenning van argumenten voor en tegen andere voorstellen tot aanpassing van de Nederlandse regeling van daderschap en deelneming, zoals die in de laatste decennia bijvoorbeeld

zijn gedaan door Knigge en De Hullu.⁸ Het onderzoek strekt er als gezegd hoofdzakelijk toe de ervaringen in de rechtspraak met het vigerende stelsel van daderschap en deelneming in kaart te brengen, tegen de achtergrond van het voorstel van Van Toorenburg om over te gaan tot de invoering van een 'Einheitstätersystem'.

Deze beperkte opzet heeft nadelen. Mogelijk is het Duitse of Engelse systeem op tal van punten te prefereren boven zowel het Nederlandse als het Oostenrijkse. Daarop biedt dit onderzoek geen zicht. Tegen die achtergrond kan het onderhavige onderzoek ons inziens niet een toereikende basis vormen voor een eventuele stelselwijziging. Het kan wel aanzetten geven voor aanpassingen van straf- en strafprocesrecht van beperktere aard. De vierde onderzoeksvraag biedt ruimte om daartoe voorstellen te doen, en van die ruimte is ook gebruik gemaakt.

De gekozen opzet heeft ook voordelen. Een vergelijking met twee variabelen is een stuk eenvoudiger dan een vergelijking met meer variabelen. Daar komt bij dat de verschillen tussen ons stelsel en een 'Einheitstätersystem' in vele opzichten het meest verstrekkend zijn. Wat betreft de voorstellen tot aanpassing die de laatste decennia zijn gedaan door Knigge en De Hullu, valt verder op dat deze min of meer voorbijgaan aan de positie van de medeplichtige. De zelfstandige positie van die deelnemingsfiguur zal, zo zal na het voorgaande al wel duidelijk zijn, in dit onderzoek een belangrijk aandachtspunt vormen.

⁸ Knigge 1992, p. 152-154; De Hullu 2009, p. 495.

Hoofdstuk 2 - Daderschap en deelneming in Nederland

1 *Inleiding*

De regeling van deelneming aan strafbare feiten is al sinds 1886 te vinden in Titel V van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht. De artikelen die de deelnemingsfiguren betreffen, zijn sinds 1886 bovendien goeddeels ongewijzigd gebleven. De wet noemt als daders van het strafbare feit nog steeds zij die het feit plegen, doen plegen, medeplegen en opzettelijk uitlokken (art. 48 Sr). Daarnaast wordt nog steeds enkel de medeplichtigheid als een vorm van deelneming met een gereduceerd strafmaximum en een reikwijdte die beperkt is tot misdrijven onderscheiden (artt. 48, 49, 52). De belangrijkste verandering in deze artikelen betreft een uitbreiding van de uitlokkingsmiddelen. Daarnaast werd de maximale tijdelijke gevangenisstraf bij medeplichtigheid tot twintig jaar verhoogd en werden de bewoordingen (niet de strekking) van de bepaling die ziet op bijkomende straffen bij medeplichtigheid aangepast (art. 49 leden 2 en 3 Sr). Ook de regel van art. 50 Sr bleef ongewijzigd.

De belangrijkste wijziging die sinds 1886 in deze titel is aangebracht betreft niet de deelneming, maar het daderschap. In 1886 bepaalde art. 51 Sr dat in de gevallen waarin wegens overtreding straf wordt bepaald tegen bestuurders, leden van enig bestuur of commissarissen, geen straf wordt uitgesproken tegen de bestuurder of commissaris van wie blijkt dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd. Dat was niet een regeling die een vorm van aansprakelijkheid als dader of deelnemer creëerde, maar een regeling die strafrechtelijke aansprakelijkheid welke door andere (wets)bepalingen gevestigd werd, uitsloot. Zij hoorde eigenlijk niet in deze titel thuis. Het huidige art. 51 Sr, dat in 1976 werd ingevoerd, heeft een heel andere strekking. Het bepaalt in de eerste plaats dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Daarmee geeft het een uitbreiding aan de rechtssubjecten die zich als dader of medeplichtige aan een strafbaar feit schuldig kunnen maken. En het tweede lid maakt duidelijk dat, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, strafvervolgning ook kan worden ingesteld tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Dit is misschien het best te duiden als een aansprakelijkheid sui generis die verwantschap vertoont met de in deze titel omschreven deelnemingsfiguren.⁹

In dit onderzoek staat de wettelijke regeling van strafbare deelneming centraal. Daarom wordt in dit hoofdstuk eerst naar de totstandkoming van de bestaande regeling van strafbare deelneming in titel V gekeken, en naar de belangrijkste wijziging die daar nadien in is aangebracht: de uitbreiding van de uitlokkingsmiddelen. Wat stond de wetgever met deze regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ogen? Daarna wordt ingegaan op de invoering van het huidige art. 51 Sr. Vervanging van het huidige stelsel door een 'Einheitstätersystem' zou immers ook consequenties kunnen hebben voor rechtspersoon, opdrachtgevers en leidinggevers. De bijzondere regelingen die in de artt. 53, 54 en 54a Sr gecreëerd zijn voor misdrijven door middel van de drukpers gepleegd en voor tussenpersonen die een telecommunicatiedienst verlenen blijven buiten beschouwing. Deze artikelen

⁹ Vgl. de opvattingen vermeld bij De Hullu 2009, p. 477.

behelzen specifieke vervolgingsuitsluitingsgronden, niet een aanvulling op de regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de artt. 47-52 Sr.

Na deze wetshistorische verkenning wordt ingegaan op de wijze waarop de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraktijk gehanteerd wordt. Daarbij wordt eerst aandacht besteed aan het plegen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens deelneming kan als een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens plegen worden gezien; alleen al tegen die achtergrond ligt het in de rede eerst de aansprakelijkheid van plegers in kaart te brengen. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het functioneel plegen en het plegen van strafbare feiten door rechtspersonen. Daarna wordt aandacht besteed aan de verschillende deelnemingsfiguren: doen plegen, medeplegen, uitlokken en medeplichtigheid. Dit onderdeel wordt besloten met een bespreking van aansprakelijkheid als opdrachtgever of feitelijke leidinggever aan strafbare feiten begaan door een rechtspersoon.

In de laatste paragraaf ten slotte staan tenlastelegging, bewijs en kwalificatie van daderschap en deelneming centraal. Een belangrijke plaats neemt daarbij in, in welke mate de rechter bij de kwalificatie gebonden is aan de tenlastegelegde deelnemingsvorm(en).

2 De wet en de overwegingen van de wetgever

2.1 Het Wetboek van Strafrecht van 1886

De bepalingen van de artt. 47-50 Sr zijn sinds 1886 zo goed als ongewijzigd gebleven. Dat zou kunnen doen veronderstellen, dat hun totstandkoming ook met weinig discussie gepaard is gegaan. Die veronderstelling is evenwel niet juist. Op een aantal punten was er verschil van opvatting, en op enkele punten is de regeling in de loop van de parlementaire behandeling ook bijgesteld.

Dat is bijvoorbeeld het geval met de strafbaarstelling van medeplegen. In het oorspronkelijk regeringsontwerp werd niet gesproken over medeplegen. Naast de plegers en de doen plegers van een strafbaar feit werden als daders aangemerkt zij die ‘opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken’.¹⁰ Dat werd toegelicht met de zin: ‘Daders (mededaders) zijn eindelijk zij, die met anderen datgene verrigten wat het strafbare feit uitmaakt, en alzoo opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken’.¹¹ Die formulering stuitte evenwel op verzet in de Tweede Kamer: ‘Het onderscheid tusschen het hier omschreven geval van hen die opzettelijk tot het plegen van een strafbaar feit hebben medegewerkt, en dat van [art. 48] no. 1, hen die opzettelijk *behulpzaam* zijn bij het plegen van een misdrijf, is moeilijk te vatten. Iemand die opzettelijk behulpzaam is, werkt ook opzettelijk mede.’¹²

Dat betekende niet, dat de Tweede Kamer het onderscheid tussen medeplegers en medeplichtigen wilde laten varen:

¹⁰ Smidt I 1881, p. 404.

¹¹ Smidt I 1881, p. 405.

¹² Smidt I 1881, p. 406.

‘Intusschen zou de Commissie ongaarne medegaan met hen die in deze moeilijkheid aanleiding wilden nemen om de medepligtigen met dezelfde straf te straffen als de daders. Medepligtigen, werd gezegd, zijn soms erger dan de daders, zij helpen in het verborgene, en men kan zich juist daarom voor hen niet wachten. Wel wilde men erkennen, dat soms medepligtigheid ook minder strafbaar kan zijn naar mate zij minder invloed op de uitvoering der daad heeft gehad, maar de onderscheiding kan, met het oog op de groote ruimte tusschen maximum en minimum, gerust aan het arbitrium judicis worden overgelaten. De Commissie is echter van oordeel, dat het verkeerde en in theorie afgekeurde beginsel van gelijkstelling van strafbaarheid van dader en medepligtige niet mag worden aangenomen alleen omdat er gevallen kunnen zijn waarin onderscheiding tusschen daad en medepligtigheid moeilijkheden kan opleveren. Bovendien is het onderscheid niet zo gering als men meent tusschen de *medewerking*, dat wil zeggen de deelneming aan die feiten, welke behooren tot de constitutive elementen van het misdrijf, en *hulp*, dat wil zeggen deelneming aan feiten, die daartoe niet behooren, maar de volvoering door den dader gemakkelijk maken. De toepassing van het beginsel op concrete gevallen is eene zaak die aan de jurisprudentie veilig kan worden overgelaten.’¹³

De Commissie doet vervolgens, enigszins verrassend, het voorstel om de aansprakelijkheid van hen die opzettelijk tot het plegen van het feit medewerken te doen vervallen:

‘Onder hen die het feit *plegen* zijn toch van zelf allen begrepen, die aan de handelingen welke het feit zamenstellen, regtstreeks deelnemen. Het onderscheid met den medepligtige zou daardoor slechts te scherper uitkomen en bovendien zou een ander bezwaar, dat met goede grond tegen de bepaling zoo als zij nu luidt werd geopperd, door het weglaten der bedoelde zinsnede vervallen. Het bezwaar geldt de *overtredingen*. Een dader van eene overtreding zou volgens het ontwerp ook zijn degeen die *opzettelijk* tot het plegen daarvan medewerkt. Strookt dit echter wel met de beginselen die in de Memorie van Toelichting (begin van Boek III Sub I) omtrent de vraag of *opzet* tot het wezen eener overtreding behoort, zijn uiteengezet?’¹⁴

De minister komt met een tegenvoorstel:

‘De bedenking der Commissie is juist. Met het voorstel echter om de woorden ‘*of opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken*’ te schrappen, zonder daarvoor iets in de plaats te stellen, kan de Minister zich geenszins vereenigen. Daardoor zou men de *coautores* afschaffen. Het woord ‘*medeplegen*’ drukt precies uit wat bedoeld wordt: het verrichten van eene daad die òf (bij formele misdrijven) tot het wezen van het misdrijf behoort; òf (bij materiële misdrijven) rechtstreeks op den eventus gericht is, in welks bewerking het misdrijf bestaat. Het moge den leek zonderling schijnen een advocaat te hooren pleiten: ‘mijn client heeft het feit niet medegepleegd, hij is slechts medepligtig;’ toch is, juridisch, de tegenstelling volkomen juist.’

En ook in een tweede opzicht sluit de minister zich bij de gedachten van de kamerleden aan:

‘*Opzettelijk*’ moest wegvallen. Even als de Commissie houdt de Minister de leer dat voor mededaderschap ‘opzet’ gevorderd wordt, voor valsch. Als twee mannen met vereende krachten een

¹³ Smidt I 1881, p. 406.

¹⁴ Smidt I 1881, p. 406.

zwaar voorwerp uit het raam werpen, waardoor, zonder hun opzet, een voorbijganger gedood wordt, dan zijn zij coauteurs van den doodslag door onvoorzichtigheid.’¹⁵

Het woord medeplegen is gesuggereerd door prof. M. de Vries. In diens opmerkingen valt nog een nadere duiding van het verschil tussen medeplegen en medeplichtigheid te bespeuren: ‘*Medeplichtig* komt niet van *plegen*, maar van *plechten*, *plichten*, eertijds = (zich) verbinden. Het is: die zich mede aan iemand verbonden heeft in zekere handeling, en dus mede aan zijn schuld verbonden is. Dat *plechten* is nu wel hooger op verwant met *plegen*, maar met de tegenwoordige beteekenis van *plegen* heeft *medeplichtig* niets meer te maken (...)’

Daarmee is een eerste aandachtspunt van de wetgever geschetst: de verhouding tussen medeplegen en medeplichtigheid. Het onderscheid tussen beide deelnemingsfiguren geniet brede steun, zo blijkt. Maar zeker de kamerleden geven er blijk van zich er goed van bewust te zijn dat er vooraf geen duidelijke grens te trekken valt. Zij vertrouwen in dat opzicht op de rechtspraak. Ook een tweede punt dat bijzondere aandacht van de wetgever kreeg kwam aan de orde: het opzet van de deelnemer, in het bijzonder dat van de medepleger. De wetgever wilde opzet op medeplegen eisen, op samenwerking; opzet op het medegepleegde strafbare feit is niet (per definitie) vereist.

Het opzet van de deelnemer komt nog uitgebreider aan de orde bij de wettelijke vormgeving van de aansprakelijkheid van de uitlokker en de medeplichtige. Bij beide deelnemingsfiguren wijdt het oorspronkelijk regeringsontwerp een specifieke bepaling aan de omvang van de aansprakelijkheid in relatie tot het opzet van de deelnemer. Bij de uitlokker wil het oorspronkelijk regeringsontwerp bepalen: ‘Ten aanzien der laatsten komen, bij het bepalen der straf, alleen die handelingen in aanmerking die zij opzettelijk hebben uitgelokt, benevens hare gevolgen.’ En bij de medeplichtige wordt een vergelijkbare tekst voorgesteld: ‘Bij het bepalen van de straf komen alleen die handelingen in aanmerking die de medeplichtige opzettelijk heeft gemakkelijk gemaakt of bevorderd, benevens hare gevolgen.’ De memorie van toelichting licht de bepaling bij uitlokking als volgt toe:

‘De verantwoordelijkheid van den intellectuellen dader kan niet verder gaan dan de handelingen, die hij opzettelijk heeft teweeggebracht, waarop bij de aanzetting zijn wil bepaaldelijk was gericht, en de gevolgen van die handelingen. Heeft A door een der in [art. 47, 20] opgenomen middelen B bewogen om C te mishandelen, hij zal als dader aansprakelijk zijn voor die mishandeling of de poging daartoe en zelfs voor den dood van C, als deze het niet bedoelde gevolg der mishandeling was (...); maar hij is niet verantwoordelijk voor den doodslag door B op C gepleegd. (...) met overschrijding van den ontvangen last. Dit volgt uit de slotbepaling van [art. 47] die beperkt is tot de *auctores intellectuales*. Een andere regel geldt voor de *auctores physici*; voor de daders van [art. 47, 20] in hunne onderlinge verhouding. Zoo A en B gezamenlijk een diefstal plegen, zal A aansprakelijk zijn voor alle objectieve verzwarende omstandigheden van het misdrijf (braak, inklimming, geweld enz.) al heeft hij daarin geen aandeel gehad en al was zijn wil daarop juist niet bepaald gericht. Dit wordt thans teregt algemeen aangenomen en zal te minder aan twijfel onderhevig zijn, nu de slotbepaling van [art. 47] uitdrukkelijk beperkt wordt tot de onder no. 2 van dat artikel genoemde daden.’¹⁶

¹⁵ Smidt I 1881, p. 406-407.

¹⁶ Smidt I 1881, 405-406.

De kamerleden menen dat in de bepaling van uitlokking de woorden 'bij het bepalen der straf' moeten vervallen: 'niet alleen bij het bepalen der straf, maar ook bij de vervolging en de qualificatie is de bepaling van waarde.' Daar kan de minister mee instemmen: 'De medeplachtige is altijd medeplchtig aan het misdrijf zóó als het gequalificeerd wordt; voor den intellectuelen dader daarentegen wiens wil door den materieelen dader is voorbij gestreefd, verandert ook de qualificatie.'

Maar de kamerleden stellen ook voor dat de woorden 'benevens hare gevolgen' zouden moeten verdwijnen: 'In hare algemeenheid gaan zij veel te ver, terwijl toch, wanneer zij niet worden opgenomen, de regter zal hebben uit te maken in hoe ver bij de handeling die opzettelijk werd uitgelokt en dus in aanmerking komt bij de bepaling der straf, strafverhooging door de gevolgen krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald.' Daar is de minister het niet mee eens: 'Dat die gevolgen gefingeerd worden *bedoeld* te zijn, wordt volstrekt niet gezegd. Maar zij moeten als verzwarende omstandigheden in rekening worden gebracht. Als A door een der middelen sub 20 bedoeld, B beweegt om C een pak slaag te geven, en deze mishandeling C's dood ten gevolge heeft, is A schuldig aan mishandeling met doodelijk gevolg.'

Daarmee heeft de minister de kamerleden echter nog niet overtuigd; zij blijven van oordeel 'dat, hoezeer bij de strafbepaling wel degelijk de hoegrootheid van het veroorzaakte nadeel in aanmerking komt, niemand mag worden gestraft voor hetgeen hij niet gewild heeft, noch bij mogelijkheid heeft kunnen voorzien. Er is geen reden om iemand aansprakelijk te stellen voor een ongeluk, enkel omdat dit het onvoorzien en niet te voorzien gevolg was van eene welligt zeer lichte overtreding. De Commissie stelt daarom eenparig als amendement voor aan het slot der laatste alinea toe te voegen: 'voor zoover zij die hadden moeten voorzien'.' Bij de medeplichtigheid wordt eenzelfde amendement voorgesteld.¹⁷

Bij de plenaire behandeling blijkt pas goed, welke gedachte achter het voorstel van de kamerleden zit. Kamerlid De Savornin Lohman trekt een vergelijking met het misdrijf brandstichting, waar de hoogste gevangenisstraf gereserveerd was voor het geval van de brandstichting 'levensgevaar voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft'. De Commissie acht volgens hem 'gelijke bijvoeging in art. 47 noodig, want anders zou het geval zich voordoen, dat de man die zijne hooischelf in brand gestoken heeft, voor het verbranden van den bedelaar niet strafbaar zou zijn, maar dat ik, die hem tot die daad heb overgehaald, daarvoor wel gestraft zou moeten worden, ofschoon ik, die er niet eens bij was, natuurlijk nog minder heb kunnen toezien dan de dader zelf.' De minister bestrijdt deze gedachtengang:

'Wanneer hier gesproken wordt van gevolgen, dan denke men daarbij aan *verzwarende omstandigheden*. Welnu, die verzwarende omstandigheden worden bij mishandeling, bij geweldpleging tegen beampten enz. aan den *dader* toegerekend, *niet* op grond van de fictie dat hij die gevolgen voorzien had. Neen, die gevolgen worden hem toegerekend, omdat ze afgescheiden van de bedoeling de graviteit van het feit verzwaren. (..) Wanneer men nu bij de complice wél uitdrukkelijk zou eischen, dat *hij* de gevolgen had moeten voorzien, dan zou men de verhouding tusschen de strafbaarheid van den complice en die van den dader, zoo als die in dezen titel is aangenomen, verbreken. De casus van art. 157 is een geheele andere. Het te duchten gevaar is daar geene verzwarende omstandigheid, maar een *essentiale*, een element van het misdrijf.'

¹⁷ Smidt I 1881, p. 407, 415.

De Commissie trekt de amendementen op de artt. 47 en 49 Sr vervolgens in.¹⁸

Met het voorgaande is geschetst hoe de wetgever het opzet van de deelnemer benadert. De medepleger moet in de voorstelling van de wetgever niet anders behandeld worden dan de pleger. Bestanddelen waar de pleger geen opzet op hoeft te hebben, zijn ook bij de medepleger aan het opzet onttrokken. Bij de uitlokker is een wat andere benadering gekozen. Hoofddregel is dat de uitlokker alleen aansprakelijk is voor handelingen die hij opzettelijk heeft uitgelokt. Een wettelijke uitzondering op deze regel zijn de strafverzwarende gevolgen. Die komen ook bij de uitlokker 'in aanmerking'. Bij de medepligtige is een vergelijkbare benadering gekozen, maar is de processuele verwerking anders. Het minder verstrekkende opzet van de medepligtige komt niet in de kwalificatie tot uiting, maar (alleen) bij het bepalen van de straf.

De meeste aandacht werd tijdens de parlementaire behandeling besteed aan een artikel dat in de rechtspraak een minder centrale plaats inneemt: art. 50 Sr. Gewijzigd is het artikel niet; de overeenkomstige bepaling in het oorspronkelijk regeringsontwerp luidde al: 'De persoonlijke omstandigheden waardoor de strafbaarheid uitgesloten, verminderd of verhoogd wordt, komen bij de toepassing der strafwet alleen in aanmerking ten aanzien van dien dader of medepligtige wien zij persoonlijk betreffen.' Deze bepaling wordt als volgt toegelicht:

'Voor alle objectieve verzwarende omstandigheden van het strafbare feit zijn allen, die het plegen, doen plegen of opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken, verantwoordelijk. Die verantwoordelijkheid rust op de intellectuele daders en de medepligtigen alleen voor zoover hun opzet op de bedoelde omstandigheden gericht was of zij daarvan kennis droegen (...). Een geheel andere regel geldt voor persoonlijke (subjectieve) verzwarende omstandigheden. Haar invloed geldt alleen voor den dader of medepligtige, wien zij persoonlijk betreffen, onverschillig of de andere deelnemers aan het strafbare feit daarvan al dan niet kennis dragen. De ambtelijke hoedanigheid [art. 44], de récidive en alle andere geheel subjectieve verzwarende omstandigheden, in het tweede boek bij bijzondere misdrijven vermeld, mogen alleen leiden tot verzwaring der straf van den persoon wien zij uitsluitend gelden, en wiens meerdere strafbaarheid daaruit dan ook alleen kan volgen.'

De minister geeft ook enkele voorbeelden:

'Wanneer de dief in dienstbetrekking staat tot den bestolene, bestaat er geen grond om die persoonlijke betrekking als verzwarende omstandigheid te doen gelden voor den mededader of medepligtige bij wien zij niet aanwezig is. Omgekeerd moet zij wel degelijk in aanmerking komen bij den mededader of medepligtige die, tengevolge der dienstbetrekking, een bijzondere pligt schendt, welke op den hoofddader niet berust. Hij die, op welke wijze ook, als dader, mededader of medepligtige deelneemt aan den doodslag of de mishandeling van zijnen wettigen vader of van zijne moeder, zal steeds moeten vallen onder het bereik eener relatief zwaardere strafbepaling dan hij die, met den zoon deelnemende aan zoodanig misdrijf, zelf geen zoon is van den verslagene of mishandelde.'

¹⁸ Smidt I 1881, p. 408, 409, 412.

En dezelfde regel geldt volgens de memorie van toelichting bij omstandigheden waardoor de strafbaarheid wordt verminderd of uitgesloten: ‘Wanneer bijv. een volwassen persoon met een kind deelneemt aan eenig strafbaar feit, kan hij zich niet beroepen op straffeloosheid of verminderde strafbaarheid ingevolge de artt. [38, 39 oud] Sr.’ In dat art. 38 Sr was vastgelegd dat een kind niet strafrechtelijk vervolgd kan worden voor een feit begaan voordat het de leeftijd van tien jaar had bereikt. Art. 39 Sr sloot strafvervolgning van een kind wegens een feit, begaan voordat het de leeftijd van zestien jaar had bereikt, uit wanneer het niet met het oordeel des onderscheids had gehandeld.

Na deze en andere voorbeelden geeft de memorie van toelichting een algemene omschrijving: ‘Het artikel handelt alléén over bijkomende omstandigheden die, zonder te behoren tot de bestanddeelen van het strafbaar feit of dit van aard te doen veranderen, slechts invloed uitoefenen op de mate der strafbaarheid of wel, bij wege van uitzondering, alle straf uitsluiten voor eene in den regel strafbare handeling.’¹⁹

Een ander beginsel geldt volgens de memorie van toelichting echter

‘waar de persoonlijke omstandigheid een bestanddeel, een constitutief vereischte is van het strafbare feit, waar zonder deze geen strafbaar feit of niet dit strafbaar feit aanwezig is, waar zij dus de strafbaarheid niet wijzigt of uitsluit, maar bepaalt. Zoodanige persoonlijke omstandigheid, betrekking of hoedanigheid staat gelijk met de andere (objectieve) vereischten of kenmerken van het strafbare feit. Daarvoor gelden dus de gewone regelen van strafregtelijke verantwoordelijkheid. Ieder mededader van of medepligtige aan het misdrijf, die bekend was met en wiens opzet ook gerigt was op deze omstandigheid, moet in hare strafregtelijke gevolgen deelen, al betreft zij hem niet persoonlijk. Dat de wet in het algemeen dit beginsel huldigt, volgt uit de beperking van [art. 50] tot de persoonlijke omstandigheden, waardoor de strafbaarheid wordt uitgesloten, verminderd of verhoogd, niet bepaald. (..) De regel, dat de deelneming aan misdrijven tot welker wezen behoort eene persoonlijke omstandigheid (hoedanigheid of betrekking) bij den dader, ook en als zoodanig strafbaar is ten aanzien van hen bij wie die omstandigheid niet aanwezig is, komt hoofdzakelijk in toepassing bij:

- a. die misdrijven tegen de zeden tot welker wezen behoort eene zekere betrekking tusschen den persoon door en den persoon tegen wien het misdrijf wordt gepleegd;
- b. beroepsmisdrijven;
- c. ambtsmisdrijven.’²⁰

Discussie ontstaat over de vraag of de wet niet ook aan dit ‘andere beginsel’ uitdrukking moet geven. De Raad van State meent:

‘Wat aangaat de zoodanige persoonlijke omstandigheden, waardoor de strafbaarheid niet wordt uitgesloten of gewijzigd [art. 50], maar bepaald, is het den Raad voorgekomen, dat het [art. 50] voormeld niet teruggeeft wat de memorie van toelichting dienaangaande met juistheid overigens uiteenzet.’

¹⁹ Smidt I 1881, p. 416.

²⁰ Smidt I 1881, p. 416-417.

En de Commissie

‘vereinigt zich met het advies van den Raad van State, dat dit artikel ter wegneming van alle onzekerheid *positief* behoort uit te drukken het beginsel: ‘wanneer die persoonlijke hoedanigheid van den dader het feit bepaalt, is die hoedanigheid geen vereischte voor de strafbaarheid van den mededader of medepligtige’.’²¹

De minister acht het evenwel nodig noch wenselijk om aan die wens te voldoen:

‘*Niet noodig*, want het spreekt wel van zelf dat de complice medepligtig is aan het misdrijf zóó als het voor den dader gequalificeerd wordt (ander misdrijf is er immers niet gepleegd), ook al zou hij zelf dat bepaalde misdrijf, met die qualificatie, als dader *niet* hebben kunnen plegen. (..) *Niet wenschelijk*, want indien men het uitdrukte, zou men ten aanzien der coauctores van [art. 47] in bijzonderheden moeten treden die beter aan de doctrine worden overgelaten.’²²

Een laatste aandachtspunt van de wetgever betrof de uitlokkingsmiddelen. In de memorie van toelichting waren daaraan de nodige woorden gewijd:

‘Met hen die het strafbare feit materiëel plegen of door een ander als werktuig in hunne hand doen plegen, stelt de wet gelijk allen, die het misdrijf of de overtreding uitlokken door een der middelen van geweld of overreding, in [art. 47, 20] vermeld. Zij zijn de *auctores intellectuales*, de ‘Anstifter’ van het duitsche regt, door den C.P. ten onrechte medepligtigen genoemd. (..) Bij geweld valt te onderscheiden tusschen den dwang, die allen wederstand onmogelijk maakt, wanneer art. [47, 10] en den dwang, die niet alle vrijheid van handelen uitsluit, wanneer [art. 47, 20] geldt. In het eerste geval wordt bij dengene door wiens hand het misdrijf wordt begaan, de toerekenbaarheid door overmagt uitgesloten; in het tweede geval is te zijnen aanzien de op hem uitgeoefende dwang alleen eene verzachtende omstandigheid. Gelijke onderscheiding geldt bij misleiding. (..) Onder de middelen van provocatie wordt in [art. 47, 20] de opruijing niet genoemd, omdat, voorzoover de daar wel genoemde middelen niet zijn aangewend, opruijing tot misdrijf alleen strafbaar kan zijn als *delictum sui generis*.’²³

Dat doet aanvankelijk geen vragen rijzen, maar tijdens de plenaire behandeling stelt kamerlid Van de Werk de limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen alsnog ter discussie:

‘Auctor intellectualis is hij ‘die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging of misleiding opzettelijk uitlokt’. Waarom moet echter het uitlokken juist geschieden door een dezer middelen? Is dit niet eene bepaalde leemte in het ontwerp? Waar men leeft onder de werking van den Code Pénal, bestaat deze leemte niet. (..) Het Duitsche Wetboek heeft in deze gaping voorzien door, na opsomming van dergelijke middelen, daar nog aan toe te voegen: ‘oder durch andere Mittel’. (..) Ieder middel is goed, mits maar dat middel den dader werkelijk heeft uitgelokt. Het aangewende middel moet naar zijn inhoud voldoende zijn, niet naar zijn vorm.’²⁴

²¹ Smidt I 1881, p. 419.

²² Smidt I 1881, p. 419-420.

²³ Smidt I 1881, p. 405.

²⁴ Smidt I 1881, p. 410.

Minister Modderman voelt er echter niets voor, het limitatieve karakter van de opsomming te doorbreken:

‘De geachte spreker acht de Duitse wet verstandiger, omdat deze na vele bijzondere middelen waardoor men strafbare feiten uitlokken kan, te hebben opgesomd, ten slotte nog een algemeen ‘of andere middelen’ er aan toevoegt. Ik daarentegen vind dergelijke algemeene bepaling (altoos een bewijs dat men zijne specificatie zelf niet zeer vertrouwt) bedenkelijk voor de rechtszekerheid. Het moge waar zijn, dat bij de limitatieve opsomming in art. 47, paragraaf 2, van dit wetsontwerp, welligt enkele gevallen aan de Strafwet zullen ontsnappen; dit is een bezwaar dat men tegen wetten en wetboeken in ‘t algemeen kan doen gelden, en dat men zich getroosten moet in ‘t belang der rechtszekerheid.’

Van de Werk komt daarna niet meer op deze kwestie terug.²⁵

De limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen is in 1924 uitgebreid doordat de medeplichtigheidsmiddelen (het verschaffen van gelegenheid, middelen en inlichtingen) toen ook uitlokkingsmiddelen zijn geworden.²⁶ De ratio van de limitatieve opsomming (rechtszekerheid) is daardoor echter niet veranderd..

2.2 *Art. 51 Sr: aansprakelijkheid van de rechtspersoon, opdracht- en leidinggevers*

In 1976 is het huidige art. 51 Sr ingevoerd.²⁷ Volgens de wetgever hield dit ‘geen principiële vernieuwing in. Een al in vele wetten voorkomende constructie wordt slechts veralgemeniseerd.’ Daarbij werd sterk geleund op art. 15 WED, dat door dezelfde wet verviel. De wetgever wilde aan de strafbaarstelling van de rechtspersoon geen ‘diepgravende rechtstheoretische beschouwing’ wijden:

‘Door in het strafrecht rechtspersonen evenals natuurlijke personen strafbaar te stellen wordt gelijk dit in het civiele recht het geval is uitgedrukt, dat handelingen van natuurlijke personen, die daarbij in het verband van de rechtspersoon optreden en te zamen de inhoud van een delict vervullen, aan de rechtspersoon worden toegerekend. In die gelijkstelling ligt een zekere fictie opgesloten. Dat is op zichzelf geen bezwaar. Door gebruik te maken van een fictie kan in de wetgeving soms op beknopte, beeldende, wijze worden uitgedrukt wat anders alleen op een wijldlopige, gecompliceerde, wijze kan worden gezegd.’²⁸

De memorie van toelichting besteedt specifieke aandacht aan het opzet van de rechtspersoon. Zij maakt duidelijk dat ‘ook de subjectieve elementen van een bepaald delict (opzet of schuld) onder omstandigheden aan de rechtspersoon worden toegerekend.’²⁹ Maar het kabinet wil zich niet branden aan een nadere regeling:

²⁵ Smidt I 1881, p. 411 en 412.

²⁶ Wet van 28 juli 1924, S 370.

²⁷ Wet van 23 juni 1976, Stb. 377; Kamerstukken 1975/76, 13 655.

²⁸ Memorie van toelichting, p. 7

²⁹ Memorie van toelichting, p. 14

‘Het antwoord op de vraag of het bij een natuurlijk persoon aanwezige opzet kan worden toegerekend aan de corporatie waarbij hij in dienst is, zal mede afhangen van de interne organisatie van de betreffende corporatie en van de taak en verantwoordelijkheid die aan die natuurlijke persoon is toegedeeld. Het is denkbaar dat, afhankelijk van de wijze waarop de verantwoordelijkheid en de macht binnen de corporatie is verdeeld, het bij een lagere functionaris aanwezige opzet in het ene geval wel beslissend kan worden geacht en in het andere geval niet. De maatschappelijke werkelijkheid is in dit opzicht te rijk geschakeerd en te gecompliceerd dan dat deze op een bevredigende manier in een wettelijke definitie lijkt te kunnen worden vastgelegd.’³⁰

Aan de voorwaarden waaronder van opdrachtgeven of feitelijke leidinggeven sprake is, wordt minder aandacht besteed. Wel maakt de wetgever duidelijk dat de introductie van deze nieuwe aansprakelijkheidsfiguren niet afdoet aan de toepasbaarheid van bestaande. In verband met de in art. 51 Sr geboden keuze om hetzij de rechtspersoon, hetzij feitelijke leidinggevers en/of opdrachtgevers te vervolgen, stelt de memorie van toelichting ‘dat het openbaar ministerie de handelende persoon ook kan vervolgen, indien deze uit eigen hoofde strafbaar is, dat wil zeggen indien te zijnen aanzien alle elementen van het strafbare feit of van enige vorm van strafbare deelneming daaraan zijn vervuld’.³¹

In de parlementaire discussie wordt vooral aandacht besteed aan de voorwaarden waaronder rechtspersonen en daarmee verbonden natuurlijke personen strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Die discussie is echter niet altijd even helder.

In het voorlopig verslag merken de kamerleden op dat art. 15 lid 2 WED niet is overgenomen. Dat artikel bepaalde dat een economisch delict onder meer wordt begaan door een rechtspersoon indien het begaan wordt door personen die, hetzij uit hoofde van hun dienstbetrekking, hetzij uit anderen hoofde, handelen in de sfeer van de rechtspersoon, ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het economische delict hebben begaan dan wel bij hen gezamenlijk de elementen van dat delict aanwezig zijn. De kamerleden menen: ‘Nu geen bepaling, analoog aan artikel 15, lid 2 WED is opgenomen, bestaat de mogelijkheid, dat bestuurders, die niet tot een feit de opdracht hebben gegeven, maar toch schuld - in juridische zin- kunnen hebben aan een delict, niet zelfstandig strafbaar zijn. (...) In hoeverre is de bestuurder, die de hem opgedragen taak, bij voorbeeld controle uitoefenen, niet naar behoren vervult strafbaar voor een feit, dat door een ander feitelijk wordt gepleegd en dat ook aan de rechtspersoon kan worden toegerekend?’³²

Waar het de kamerleden kennelijk om gaat, is de individuele aansprakelijkheid van bestuurders. Daar zag het vroegere art. 15 lid 2 WED echter niet op: dat gaf een criterium voor daderschap van rechtspersonen. In de memorie van antwoord wordt aan beide kwesties (het niet overnemen van art. 15 lid 2 en de aansprakelijkheid van bestuurders) aandacht besteed:

³⁰ Memorie van toelichting, p. 19.

³¹ Memorie van toelichting, p. 18. Vgl. ook Handelingen Eerste Kamer 22 juni 1976, p. 1228.

³² Voorlopig verslag, p. 2.

Door art. 15 lid 2 WED niet over te nemen ‘wordt de rechter geheel vrij gelaten in zijn oordeelvorming of, alle concrete omstandigheden in aanmerking genomen, het opzet of de schuld van de handelende natuurlijk persoon kan worden toegerekend aan de rechtspersoon bij wie hij in dienst is. Het ligt intussen voor de hand dat die toerekening eerder zal plaatsvinden indien de natuurlijke persoon bestuurder was dan wanneer het een in de organisatie van de rechtspersoon ondergeschikte functionaris betreft. (...) Heeft de bestuurder schuld aan een strafbaar feit zonder dat hij tot het plegen daarvan rechtstreeks opdracht heeft gegeven (hij heeft het bij voorbeeld oogluikend toegelaten), dan is het zoals uit het vorenstaande volgt, niet uitgesloten dat toerekening aan de rechtspersoon plaatsvindt. Het is ook mogelijk dat, afhankelijk van de wijze waarop de strafbepaling is geredigeerd, de bestuurder rechtstreeks als dader of deelnemer wordt vervolgd. In het hier bedoelde geval is slechts uitgesloten dat de rechtspersoon als dader wordt aangemerkt, en de vervolging (tevens) wordt ingesteld tegen de bestuurder, omdat volgens artikel 51, tweede lid, onder 20 (nieuw) de natuurlijk persoon opdracht tot dan wel feitelijke leiding moet hebben gegeven aan het strafbare feit. (...) In de literatuur wordt aangenomen dat voor de in de bedrijfsvoering van een onderneming door een ander feitelijk verrichte handelingen, de bestuurder in het algemeen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, indien uit de loop der zaken blijkt, dat die bestuurder heeft verzuimd, door wijziging in de bedrijfsvoering aan te brengen, te verhinderen, dat de handelingen plaatsvonden (vergelijk A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*. Derde druk, Zwolle 1975, blz. 69). Deze opvatting sluit aan bij het in de moderne jurisprudentie ontwikkelde ruime daderschapsbegrip (...). Heeft de bestuurder dus onvoldoende controle uitgeoefend, waardoor de verboden gedragingen door ondergeschikten konden worden gepleegd of voortgezet, dan zal hij c.q. de rechtspersoon onder omstandigheden als strafbare dader kunnen worden aangemerkt (...).’³³

Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel komt mw. Haas-Berger (PvdA) nog op de aansprakelijkheid van de bestuurder terug. Zij vraagt onder meer of in een geval waarin een bestuur opdracht heeft gegeven tot een strafbaar feit, de tegenstemmers op grond van art. 47 Sr als medepleger strafbaar zijn.³⁴ Minister Van Agt beantwoordt de vraag voor tegenstemmende en afwezige bestuursleden ‘ontkennend met een beroep op het algemene aan ons strafrecht ten grondslag liggende beginsel van geen-straf-zonder-schuld.’³⁵ Als mw. Haas-Berger nog eens op deze kwestie terugkomt, voegt hij daar aan toe:

‘Als het gaat om instemming, zijn twee posities denkbaar: ofwel instemming ter vergadering, dat wil dus zeggen vóór het te nemen besluit, dan wel instemming geven achteraf. (...) Dat is de andere positie die ik mij kan denken. Ik geloof niet te mogen zeggen, dat het niet in het geweer komen achteraf tegen een door het bestuur in onvolledige samenstelling genomen besluit op zich zelf de destijds afwezige bestuurder strafrechtelijk aansprakelijk maakt. Hij kan natuurlijk wel uit anderen hoofde alsnog aansprakelijk worden, namelijk indien hij zich er voor leent om feitelijk leiding te geven aan of opdracht te geven tot de uitvoering van hetgeen door zijn collega’s eerder was besloten.’³⁶

³³ Memorie van antwoord, p. 2.

³⁴ Handelingen 18 mei 1976, p. 4180.

³⁵ Handelingen 19 mei 1976, p. 4208.

³⁶ Handelingen 19 mei 1976, p. 4210.

Tijdens de parlementaire behandeling wordt ook een alternatief voor de voorgestelde strafbaarstelling van rechtspersonen besproken. Hulsman wordt aangehaald, die (in de woorden van de memorie van toelichting) had voorgesteld in het Wetboek van Strafrecht te bepalen

‘dat een strafbepaling die zich uitsluitend richt tot personen van een bepaalde hoedanigheid ook van toepassing is op degene die, zonder die hoedanigheid te bezitten, een ander daarin vertegenwoordigt. In samenhang daarmee zou moeten worden bepaald dat aan de vertegenwoordigde (bij voorbeeld de corporatie) een voordeel ontnomen kan worden, dat hem uit een strafbaar feit van de vertegenwoordiger (de voor of namens een corporatie handelende persoon) is toegefallen. Ten slotte zou in het Wetboek een regeling moeten worden uitgewerkt omtrent het daderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon, waarbij het beginsel zou dienen voorop te staan, dat de strafbaarheid van de corporatie slechts zou mogen worden aangenomen, indien de wetgever dit voor het betrokken delict of de betrokken groep van delicten uitdrukkelijk heeft bepaald.’³⁷

Het kabinet meende evenwel dat door een regeling die een strafbepaling ook van toepassing verklaart op de vertegenwoordiger ‘in zekere mate de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid’ zouden vervagen. Dat zou ‘in de praktijk (..) ernstige bezwaren (kunnen) opleveren en rechtsonzekerheid met zich brengen.’ En ook de gedachte om ‘de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon binnen nauwe grenzen te beperken door de wetgever voor ieder delict afzonderlijk te doen bepalen of een corporatie het strafbare feit kan plegen’ wordt afgewezen. Het Wetboek dient naar de mening van het kabinet niet meer uit te gaan van de gedachte ‘dat ons strafrecht in beginsel alleen is geschreven voor natuurlijke personen’ en voor het overige ‘slechts een aanvullend karakter kan hebben’.³⁸ Daarmee is overigens niet gezegd dat de rechtspersoon alle strafbare feiten kan plegen; volgens de memorie van toelichting ‘zijn er tal van misdrijven en overtredingen in het Tweede en Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht, waarvan het feitelijk niet mogelijk is dat rechtspersonen deze plegen, zoals bigamie, verkrachting, ambtsmisdrijven, luchtpiraterij, baldadigheid, landloperij, openbare dronkenschap’.³⁹

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer koppelt dhr. Piket (CHU) zijn bezwaren tegen de (wat strafbare feiten betreft) onbegrensde reikwijdte van art. 51 Sr aan die tegen het ontbreken van aanwijzingen omtrent daderschap en opzet van rechtspersonen. Hij sluit zich aan bij een suggestie van Mulder en Fokkens om een limitatieve opsomming te geven van misdrijven waaraan rechtspersonen zich schuldig kunnen maken.⁴⁰ Minister Van Agt voert daartegen aan dat een volledige opsomming niet goed doenlijk zou zijn geweest.⁴¹

³⁷ Memorie van toelichting, p. 16, onder verwijzing naar R.H.C. Hulsman, preadvies NJV 1966, p. 132, 135, 146.

³⁸ Memorie van toelichting, p. 17.

³⁹ Memorie van toelichting, p. 14.

⁴⁰ Handelingen Eerste Kamer 22 juni 1976, p. 1224.

⁴¹ Handelingen Eerste Kamer 22 juni 1976, p. 1226.

In de memorie van toelichting wordt ten slotte aandacht besteedt aan de publiekrechtelijke rechtspersoon. Ook daar wil het kabinet de vingers niet branden aan een nadere regeling in de wet. Volgens het kabinet 'is de vraag of strafbaarheid in beginsel dient te worden uitgesloten of aanvaard niet in het algemeen te beantwoorden. Een zinvolle beantwoording lijkt alleen mogelijk, indien onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende casusposities. De meest voor de hand liggende differentiatie is dan wel die waarbij onderscheid wordt gemaakt al naar gelang het strafbare feit is te plaatsen in het verband van de algemene of specifieke bestuurstaak waarmee het publiekrechtelijk lichaam is belast dan wel is gepleegd binnen het kader van een ondernemingsactiviteit die ook door particulieren wordt of kan worden verricht.' Maar een bijzondere wettelijke voorziening kan volgens het kabinet beter achterwege blijven: 'Het gaat hier om een weerbarstige materie die moeilijk in wetsbepalingen is te vatten.'⁴²

3 Daderschap en deelneming in de rechtspraak

3.1 Het plegen van een strafbaar feit

3.1.1 Kwaliteitsdelicten

Pleger van een strafbaar feit is de persoon die alle bestanddelen van de delictsomschrijving vervult. In veel gevallen eist de delictsomschrijving dat de betrokkene een bepaalde kwaliteit bezit. Zo richt art. 343 Sr zich alleen tot de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard. Alleen deze bestuurders en commissarissen kunnen derhalve pleger van dit misdrijf zijn.

In sommige gevallen eist de delictsomschrijving niet expliciet, maar impliciet dat de pleger een bepaalde kwaliteit bezit.⁴³ Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op HR 2 juni 1992, NJ 1992, 754 m.nt. Kn.

In deze zaak was aan de verdachte ten laste gelegd dat zij bestrijdingsmiddelen met behulp van een luchtvaartuig zodanig had toegepast op bepaalde percelen dat één of meer van die middelen buiten het te behandelen object is/zijn geraakt, terwijl de toepasser niet heeft aangetoond dat zulks ook bij de meest zorgvuldige toepassing niet kon worden vermeden. Daarvan was zij door het Gerechtshof vrijgesproken: uit de systematiek van het Besluit luchtvaartuigtoepassingen bestrijdingsmiddelen en uit de daarbij behorende toelichtingen moest worden afgeleid dat de verbodsnorm uitsluitend gericht was 'tot de feitelijke toepasser van bestrijdingsmiddelen'. Dat was volgens het Hof de piloot. De verdachte was de werkgever van de piloot. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof terecht tot de conclusie was gekomen dat de betreffende verbodsnorm 'uitsluitend gericht is tot de feitelijke toepasser van bestrijdingsmiddelen.'

Dat een delictsomschrijving voor het plegen een bepaalde kwaliteit eist, heeft gevolgen voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere betrokkenen. Die kunnen in een dergelijk geval enkel als deelnemers worden vervolgd. In een geval als het onderhavige zou het landbouwluchtvaartbedrijf waar de piloot in dienst was,

⁴² Memorie van toelichting, p. 21.

⁴³ De personen tot wie de norm zich richt worden ook wel aangeduid als normadressaten (vgl. Vellinga-Schootstra 1985, p. 22 e.v.).

mogelijk vervolgd kunnen worden als uitlokker of medepleger. Medeplichtigheid komt niet in aanmerking bij overtredingen. Dan moet echter wel aan de vereisten voor uitlokking of medeplegen zijn voldaan.

Dat betrokkenen die de vereiste kwaliteit niet bezitten enkel als deelnemer vervolgd kunnen worden, klemmt vooral waar deze 'kwaliteitslozen' de strafbare gedraging kunnen verrichten zonder de persoon of personen die de kwaliteit wel bezitten daarin te betrekken. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op HR 3 december 1974, NJ 1975, 229.

Ten laste gelegd was, kort gezegd, het als directeur van een failliet verklaarde N.V. baten niet verantwoorden of goederen aan de boedel onttrekken. De verdachte beweerde geen bestuurder te zijn: hij was niet door de algemene vergadering van aandeelhouders tot bestuurder benoemd, en zijn benoeming stond ook niet in de akte van oprichting van de desbetreffende naamloze vennootschap vermeld. Maar uit de bewijsmiddelen bleek wel dat hij de enige was die over de geldmiddelen van de rechtspersoon kon beschikken. Hij alleen had de sleutel van de kluis op het kantoor; hij alleen kon ten laste van de N.V. bij de bank geld ophalen of op door hem ondertekende cheques laten halen. Verder was hij als directeur van de N.V. opgetreden gedurende de sedert de faillietverklaring verstreken periode, en hadden getuigen, in dienst bij de N.V., verklaard dat ze hadden te doen wat verdachte zei. Onder die omstandigheden had het Hof volgens de Hoge Raad aan de in art. 343 Sr voorkomende term bestuurder een juiste uitleg gegeven. Dat (zoals het Hof had vastgesteld) naar privaatrecht allerlei gebreken zouden kunnen kleven aan de grondslag waarop het optreden van de bestuurder als zodanig zou moeten worden gebaseerd, stond aan het toekennen van de hoedanigheid van bestuurder niet in de weg.

Zou deze persoon niet als 'bestuurder' zijn aangemerkt, dan was een veroordeling wegens art. 343 Sr enkel als deelnemer mogelijk geweest.

3.1.2 De delictsgedraging; plegen door natuurlijke personen

De pleger moet niet alleen de vereiste kwaliteit bezitten, maar ook de delictsgedraging vervullen. Die delictsgedragingen worden wel in drie categorieën opgedeeld. De eerste categorie betreft de commissiedelicten. Dat zijn de gedragingen die een doen behelzen. Een voorbeeld is de strafbaarstelling van diefstal; art. 310 Sr stelt onder nadere beperkingen het 'wegnemen' strafbaar. De tweede categorie betreft de omissiedelicten. Dat zijn de delicten waarvan de gedragingen in een nalaten bestaan. Te denken valt aan het in strijd met de wet opzettelijk nalaten tijdig de benodigde gegevens te verstrekken (art. 227b Sr). De derde categorie wordt gevormd door de oneigenlijke omissiedelicten. Dat zijn commissiedelicten die ook door een zeker nalaten gepleegd kunnen worden. Een voorbeeld is de strafbaarstelling van doodslag (art. 287 Sr). Van het leven beroven kan door een actieve gedraging (messteken) maar ook door gedragingen waarin passiviteit, een niet doen, het centrale element is (zoals het onthouden van voeding). Dikwijls kunnen de strafbare gedragingen bij oneigenlijke omissiedelicten het best als een complex van doen en laten worden gekenschetst.⁴⁴ Maar er zijn ook strafbare gedragingen die eigenlijk niet goed in deze driedeling passen. Te denken valt aan het voorhanden hebben van wapens, en het aanwezig hebben van verdovende middelen (vgl. art. 26 WWM; artt. 2 en 3, beide sub C, Opiumwet).

⁴⁴ Knigge 1992, p. 132 e.v..

Vooraf bij de commissiedelicten kan worden vastgesteld, dat het plegen in de loop der tijd ruimer is uitgelegd.⁴⁵ Bekend is de karakterisering van Van Hamel/Van Dijk van de daad als ‘eene spierbeweging, die zich vertoont als uiting van den wil’.⁴⁶ Als de delictsgedraging niet enkel door spierbewegingen van de betrokkene vervuld was, maar (mede) door spierbewegingen van anderen, moest de regeling van deelneming uitkomst bieden. Een illustratie biedt HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681 e.v. (het bekende Melk- en Waterarrest). In dit arrest werd de veehouder die zijn knecht met water aangelengde melk had laten afleveren zonder dat de laatste wist dat de melk met water verdund was, veroordeeld als doen pleger, niet als pleger. Die benadering heeft in de loop der tijd meer en meer het veld moeten ruimen voor een benadering waarin de persoon die bewerkstelligt dat een ander een strafbaar feit tot stand brengt, als pleger wordt aangemerkt. Bekende voorbeelden zijn HR 31 januari 1950, NJ 1950, 286, m.nt. BVAR (Prijzenbeschikking Kaarsen) en HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, m.nt. BVAR (IJzerdraadarrest)

In het eerste arrest werd de vennote van een vennootschap onder firma ervan verdacht te zamen en in vereniging met een andere vennote ‘door bemiddeling van haar procuratiehouder’ kaarsen te hebben verkocht tegen een hogere prijs dan was toegestaan. Daarvan was zij vrijgesproken omdat niet van een ‘persoonlijke daad of handeling van de pleger’ bij de verkoop was gebleken. Maar de Hoge Raad oordeelde deze beslissing onjuist, ‘daar de strekking van deze, op grond van art. 3 der Prijsopdrivings- en Hamsterwet 1939 gegeven, beschikking medebrengt, dat hij, die door bemiddeling van een algemeen procuratiehouder kaarsen verkoopt, ‘verkoop’ in den zin van vermelde Prijzenbeschikking en, naar gelang der omstandigheden, daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk is ook indien hij geen persoonlijke daad of handeling met betrekking tot dien verkoop heeft verricht.’

In het tweede arrest werd de eigenaar van een exportbedrijf verweten dat hij ‘middels J.D.M., Exportmanager tevens chef-inkoper’ ter verkrijging van een uitvoer- en/of een deviezenvergunning voor de uitvoer van ijzerdraad al dan niet opzettelijk in strijd met de waarheid formulieren zou hebben ‘ingevuld’, en deze formulieren zou hebben ‘doen toekomen’ aan de Centrale Dienst In- en Uitvoer te Den Haag. Tevens zou de eigenaar opzettelijk partijen ijzerdraad hebben ‘uitgevoerd’ zonder overlegging van de noodzakelijke documenten aan de ambtenaren van de Invoerrechten en Accijnzen. Het Hof had de verdachte veroordeeld omdat ‘in het onderhavige geval de verd. als eigenaar van het bedrijf ‘X’ voor de door zijn ondergeschikte, zijn exportmanager M. in zijn dienstbetrekking binnen de kring van het bedrijf verrichte handelingen, strafrechtelijk aansprakelijk is’. Daaraan deed volgens het Hof niet af ‘dat de ondergeschikte M. zelf ook ter zake van bedoelde strafbare handelingen vervolgd en veroordeeld zou zijn’, zoals de raadsman had gesteld. Maar de Hoge Raad dacht daar anders over. Hij casseerde omdat ‘uit het enkele verrichtworden van handelingen gelijk de genoemde, die op een economisch iets bewerken zouden zien, in een eenmanszaak door ondergeschikten ingevolge hun algemene opdracht binnen den kring van dat bedrijf, het daderschap van den eigenaar van dat bedrijf is afgeleid ‘ook al is de eigenaar van de handelingen niet op de hoogte en al heeft hij geen bijzondere opdracht aan zijn personeel gegeven’’. De Hoge Raad vindt dat ‘handelingen zoals dergelijk in strijd met de wet invullen van formulieren, doen toekomen van formulieren aan den Dienst van In- en Uitvoer en uitvoeren van goederen, slechts dan waren aan te merken als gedragingen van verd., indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard.’

⁴⁵ Vgl. Gritter 2007, p. 4 e.v. en Gritter 2009.

⁴⁶ Van Hamel/Van Dijk 1927, p. 187.

Deze uitspraak is in tal van publicaties besproken.⁴⁷ Een belangrijke vraag daarbij is, of de IJzerdraadcriteria een soort algemene geldigheid hebben bij het bepalen van de reikwijdte van functioneel plegen. De jurisprudentie biedt tot dusver geen aanleiding om te veronderstellen dat functioneel plegen door natuurlijke personen steeds aan de hand van de IJzerdraadcriteria moet worden vastgesteld. De Hoge Raad beperkt de toepasselijkheid in het IJzerdraad arrest tot 'handelingen zoals dergelijk in strijd met de wet invullen van formulieren' etc. In het enkele jaren daarvoor gewezen Prijzenbeschikking Kaarsen werd een andere benadering gekozen. En ook in een enkel later arrest is een andere benadering terug te vinden. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op HR 24 mei 2005, LJN AT2918, NJ 2005, 434.⁴⁸

In dit arrest was aan de verdachte tenlastegelegd dat zij als eigenaresse van een vaartuig zonder vergunning een hoeveelheid blanke gasolie in het oppervlaktewater heeft gebracht. De veroordeling wordt door de Hoge Raad gecasseerd omdat het Hof niets had overwogen naar aanleiding van het verweer dat verdachte niet als functionele dader kan worden aangemerkt, terwijl de bewijsmiddelen slechts inhouden dat de verdachte eigenares was van het desbetreffende schip. Die enkele omstandigheid is niet voldoende om de verdachte als dader aan te merken. De Hoge Raad geeft aan dat 'bijvoorbeeld' niets is vastgesteld 'omtrent haar rechtsverhouding tot de schipper en de bemanning daarvan alsmede omtrent de vraag in het kader van wiens bedrijfsvoering en ten behoeve van wie de exploitatie van het schip plaatsvond.' In deze gronden voor cassatie kan een opdracht tot onderzoek aan het Gerechtshof Den Haag worden gelezen, waarnaar de zaak wordt teruggewezen. En dan valt op dat de Hoge Raad niet rept over de noodzaak van vaststellingen inzake het aanvaarden van het strafbare gedrag door verdachte.

Dat de IJzerdraadcriteria bij functioneel plegen door natuurlijke personen niet altijd van toepassing zijn, spoort met de stand van zaken bij rechtspersonen. Voor het plegen van strafbare feiten door rechtspersonen zijn deze criteria ook niet steeds doorslaggevend. Steeds zal gezocht moeten worden naar de meest passende interpretatie van de delictsgedraging, aan de hand van redactie en wetsgeschiedenis van een strafbepaling, haar doel en het wettelijk stelsel waar zij deel van uitmaakt.

3.1.3 Plegen door rechtspersonen

In het verleden heeft de Hoge Raad in een aantal arresten op verschillende gronden aangenomen dat de rechtspersoon als pleger kon worden aangemerkt. In HR 27 januari 1948, NJ 1948, 197, m.nt. WP (V en D-arrest), gewezen onder het Besluit berechting economische delicten, was aangenomen dat het eigenmachtig tegen een te hoge prijs verkopen van meubels door een afdelingschef die de opbrengst daarvan in de kas van V en D liet vloeien als een daad van de rechtspersoon was aan te merken nu de verkoop van de meubelen 'kon strekken om de N.V. in haar bedrijf dienstig te zijn'. In HR 1 juli 1981, NJ 1982, 80, m.nt. ThWvV wordt aangesloten bij de IJzerdraadcriteria: beschikken en aanvaarden.

Enkele jaren geleden heeft de Hoge Raad een standaardarrest gewezen inzake daderschap van de rechtspersoon, waarin deze en andere eerder gehanteerde criteria verwerkt zijn: HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (Drijfmest-arrest).

⁴⁷ Vgl. voor verschillende benaderingen bijvoorbeeld Knigge 1992 en Van Woensel 1993.

⁴⁸ Vgl. echter ook De Hullu 2009, p. 162, en De Valk 2009, p. 407-408, die dit arrest anders plaatsen.

In deze zaak was aan de verdachte tenlastegelegd dat zij dierlijke meststoffen had gebruikt op een perceel bouwland of niet beteelde grond, terwijl die dierlijke meststoffen niet emissie-arm waren aangewend. In appel was namens de verdachte aangevoerd dat zij de landerijen beheert maar geen eigenares van die landerijen is. Als beheerster zou zij niet kunnen zeggen wie de mest heeft gebruikt op haar landerijen, omdat zij dat niet zou weten en aan niemand toestemming zou hebben gegeven de mest op de onder haar beheer staande landerijen uit te rijden. Het Gerechtshof verwerpt dit verweer omdat het rechtens tot de taak van een beheerster van landerijen zou behoren ervoor te waken dat die landerijen worden beheerd overeenkomstig de wettelijke voorschriften. Daaronder valt volgens het Hof de verplichting er op te letten dat derden haar landerijen niet voor een ander doel aanwenden dan waartoe haar beheer zich uitstrekt. Niet aannemelijk was volgens het Gerechtshof geworden dat de verdachte alle maatregelen had genomen teneinde te verhinderen dat derden haar landerijen konden gebruiken om zich van hun mestvoorraden te ontdoen. In cassatie wordt betoogd dat verdachte ten onrechte als dader is aangemerkt.

De Hoge Raad leidt in aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwingen eerst uit de wetsgeschiedenis van art. 51 Sr af 'dat het aan de rechter is overgelaten om invulling te geven aan de eisen waaraan moet zijn voldaan teneinde een rechtspersoon te kunnen aanmerken als dader van een strafbaar feit.' Daarna wordt in drie algemene overwegingen een kader geschetst:

'3.3. Blijkens de wetsgeschiedenis kan een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr) worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Ook in de rechtspraak is die toerekening erkend als grondslag voor het daderschap van de rechtspersoon (vgl. onder meer HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605 en HR 13 november 2001, NJ 2002, 219).

3.4. Vervolgens rijst de vraag wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich dus bezwaarlijk formuleren. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Daarbij verdient opmerking dat laatstbedoelde criteria - die zijn ontwikkeld in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en die naar het geval dat in die zaak aan de orde was, plegen te worden aangeduid als "ijzerdraadcriteria" - weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele daderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (vgl. HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413).

3.5. Opmerking verdient dat het in 3.4 overwogene slechts betrekking heeft op de vraag of de rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van de hem tenlastegelegde gedraging, dus ongeacht of het een overtreding dan wel een misdrijf betreft. Los daarvan staat de beoordeling van de aanwezigheid van bestanddelen als opzet of schuld indien het een misdrijf betreft.'

Pas daarna gaat de Hoge Raad in op de voorliggende strafzaak. 's Hof's oordeel dat de in de bewezenverklarde tenlastelegging omschreven gedraging (het gebruiken - dus op of in de bodem brengen - van dierlijke meststoffen) redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend, is volgens de Hoge Raad niet naar de eis der wet met redenen omkleed, in aanmerking genomen dat het Hof niet heeft vastgesteld welke taken en bevoegdheden het aan de verdachte opgedragen beheer inhielden, gelet op de relatie tussen haar en de eigenares/opdrachtgeefster en de bij laatstgenoemde in dienst zijnde 'feitelijke beheerder'.

De winst die met het Drijfmestarrest is geboekt, is dat er een overzicht is gegeven van omstandigheden die tot dusver bij het vaststellen van daderschap van de rechtspersoon van belang zijn geacht. Het Drijfmestarrest geeft een handig spoorboekje. Een beperking van de gegeven opsomming is, dat niet wordt aangegeven welke omstandigheden wanneer de doorslag geven. De gegeven opsomming lijkt ten slotte niet limitatief van aard te zijn, zo blijkt uit HR 9 maart 2004, LJN AN9919 (Schiphol), waarin het hebben van zeggenschap en verantwoordelijkheid centraal staan.⁴⁹

Ten laste van de verdachte was bewezen verklaard dat zij te Schiphol, terwijl haar een vergunning was verleend tot het op het perceel van de luchthaven Schiphol oprichten en in werking hebben van een inrichting, zich heeft gedragen in strijd met een voorschrift verbonden aan die vergunning 'immers was op het platform (nabij pier D21) een hoeveelheid explosieve stoffen, zijnde gevaarlijke stoffen, opgeslagen.' De Hoge Raad meent dat het Hof heeft geoordeeld 'dat het er voor de vraag of verdachte een gedraging heeft verricht in strijd met dit vergunningsvoorschrift als bedoeld in art. 18.18 Wet milieubeheer niet toe doet of een ander, voor wiens activiteiten de verdachte geen verantwoordelijkheid draagt of over wiens activiteiten de verdachte geen zeggenschap heeft, die stoffen op het desbetreffende platform heeft gebracht en, anderzijds, dat het er dan op aankomt of de verdachte directe zeggenschap en verantwoordelijkheid heeft voor het (laten) weghalen van de op het platform, in strijd met dit vergunningsvoorschrift, aanwezige gevaarlijke stoffen. Tegen de achtergrond van hetgeen het Hof overigens heeft overwogen is zijn oordeel dat de verdachte als normadressaat van de vergunning het in haar macht had deze stoffen te (doen) verwijderen ten slotte evenmin onbegrijpelijk.'

3.1.4 De zelfstandigheid van de uitvoerder

Door de ontwikkeling van het functioneel plegen behoeft minder gauw naar deelnemingsconstructies gegrepen te worden. Situaties waarin vroeger (tevens) een vorm van deelneming ten laste gelegd zou zijn, kunnen nu soms (enkel) als een vorm van functioneel plegen gezien worden. Bij wijze van illustratie kan worden gewezen op HR 28 augustus 2007, LJN BA5659.

Tenlaste was gelegd (onder meer) dat verdachte opzettelijk als degene die ingevolge de Belastingwet verplicht was tot het voeren van een administratie overeenkomstig de daaraan bij of krachtens de Belastingwet gestelde eisen, (telkens) opzettelijk een zodanige administratie niet heeft gevoerd, althans doen voeren, terwijl dat feit ertoe strekte dat te weinig belasting werd geheven, door een aantal gegevens daar niet in op te nemen of bij te houden althans te doen opnemen/bijhouden. Volgens de Hoge Raad mocht het Hof deze tenlastelegging zo lezen dat 'voor zover zij telkens het verwijt inhoudt dat de verdachte bepaalde handelingen heeft "doen"

⁴⁹ Vgl. ook HR 22 juni 2010, LJN BK3526.

verrichten, met die formulering slechts een feitelijke beschrijving wordt gegeven van de wijze waarop de verdachte de feiten heeft gepleegd’.

In het verleden is echter aangenomen dat niet in elke situatie waarin het strafbare feit mede door gedragingen van een derde tot stand was gekomen, met functioneel plegen kan worden gewerkt. Illustratief is HR 22 januari 1952, NJ 1952, 145, m.nt. BVAR.

In deze zaak was aan de verdachte ten laste gelegd de invoer van twee paarden in strijd met het Deviezenbesluit 1945, dan wel uitlokking van deze invoer door een ander (O.). De Hoge Raad overwoog: ‘dat uit de aldus door het Hof vastgestelde feiten blijkt:

enerzijds: dat O. met betrekking tot het over de grens brengen van de paarden een bij uitstek zelfstandige rol heeft gespeeld, volgende zulks bepaaldelijk uit de omstandigheden dat hij - naar niet anders blijkt: op eigen gelegenheid en zonder geref. daarin te mengen - met iemand, die op Duits grondgebied woonde, een afspraak heeft gemaakt betreffende den tijd en plaats, waarop de paarden aan de grens zouden worden gebracht, en dat hij vervolgens in den nacht van 25 op 26 Juli 1950 te E. bij het afgesproken punt van de grens de twee paarden op ongeveer 20 M. van de grens heeft overgenomen van twee personen, die de paarden over de grens brachten en aan hem overhandigden, waarna hij, O., met diens op zijn verzoek hem behulpzamen broer, de paarden verder in binnenwaartse richting heeft vervoerd, alle welke handelingen derhalve plaats vonden zonder dat - toen ter tijde niet te E. of in de omgeving daarvan aanwezige - geref. daarin een feitelijk aandeel nam;

anderzijds: dat geref. door toezegging van geldelijke beloning aan O. dezen heeft overgehaald om in voege voormeld het over de grens brengen van de paarden op hem, O., dienstig voorkomende wijze te bewerkstelligen;

dat het Hof op grond der aldus vastgestelde feiten terecht heeft aangenomen, dat geref.’s handeling het opzettelijk uitlokken tot het in strijd met het Deviezenbesl. 1945 invoeren der paarden door O. opleverde en niet zodanig invoeren der paarden door den geref. zelf.’

In dit arrest stond aan het aannemen van het (functioneel) plegen van de invoer in de weg dat de uitvoerder O. een ‘bij uitstek zelfstandige rol’ heeft gespeeld. Maar er zijn meer, ook recentere, arresten die er op wijzen dat functioneel plegen in sommige gevallen alleen kan worden aangenomen als de rechter een verdeling van taken en verantwoordelijkheden met de uitvoerder heeft vastgesteld die deze aanname toelaat. Gewezen kan worden op twee reeds besproken arresten: HR 24 mei 2005, LJN AT 2918, NJ 2005, 434 en op HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (Drijfmest-arrest).

In het eerste arrest werd een veroordeling wegens het als eigenaresse van een vaartuig zonder vergunning in het oppervlaktewater brengen van gasolie gecasseerd omdat het Hof niets had vastgesteld omtrent (bijvoorbeeld) de rechtsverhouding van de verdachte tot de schipper en de bemanning van het schip alsmede omtrent de vraag in het kader van wiens bedrijfsvoering en ten behoeve van wie de exploitatie van het schip plaatsvond. In het tweede arrest werd een veroordeling wegens het gebruiken (op of in de bodem brengen) van dierlijke meststoffen gecasseerd omdat het Hof niet had vastgesteld welke taken en bevoegdheden het aan de verdachte opgedragen beheer inhielden, gelet op de relatie tussen haar en de eigenares/opdrachtgeefster en de bij laatstgenoemde in dienst zijnde ‘feitelijke beheerder’.

3.1.5 Subjectieve bestanddelen

Van plegen kan slechts worden gesproken als de betrokkene alle bestanddelen van de delictomschrijving vervult, ook de subjectieve. Dat leidt tot bijzondere vragen bij de rechtspersoon. Subjectieve bestanddelen stellen eisen aan wat de betrokkene heeft geweten en gewild, of had moeten beseffen. Dat zijn eisen die het meest rechtstreeks zijn toegesneden op natuurlijke personen.

Tegen die achtergrond verbaast het niet dat opzet van de rechtspersoon in veel gevallen wordt afgeleid uit het opzet van natuurlijke personen die met de rechtspersoon verbonden zijn. Een voorbeeld is te vinden in HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 109.

In deze zaak stond een kleine B.V. terecht wegens het medeplegen van valsheid in geschrifte. De B.V. had twee personen in dienst, te weten een directeur en een administratief medewerker. De laatste zou documenten valselijk hebben opgemaakt. Aangaande de klacht dat het Hof het verweer dat bij de B.V. opzet zou hebben ontbroken ten onrechte althans op onjuiste gronden zou hebben verworpen overweegt de Hoge Raad: 'In 's Hofs verwerping van het verweer ligt besloten dat nu van opzet bij verdachte werknemer S. sprake was, ten aanzien van de verdachte bewezen is dat zij de tenlastegelegde feiten met het vereiste opzet heeft begaan. Dat oordeel geeft geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat, naar het Hof blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft vastgesteld, a) de verdachte aan S. de zorg voor de exportbegeleiding - waaronder de zorg voor verlading, verschepping en de 'gehele documentenstroom' - had opgedragen, b) S. volledige procuratie had voor documenten en handelstransacties, c) de bewezenverklaarde handelingen in het kader van die opgedragen werkzaamheden en met gebruikmaking van die bevoegdheden door S. ten behoeve van de verdachte zijn begaan en d) de directeur van de verdachte op de hoogte was van de door S. op de originele additionele verklaringen aangebrachte toevoegingen.'

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het opzet van een werknemer niet zonder meer aan de rechtspersoon toerekent. Het is van de omstandigheden van het geval afhankelijk, of toerekening redelijk is.

Maar in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn ook wel andere grondslagen voor toerekening te vinden. Dat is bijvoorbeeld het geval in HR 29 april 2008, LJN BB8977, NJ 2009, 130, m.nt. Y. Buruma.

In deze zaak ging het belastingfraude gepleegd door een gemeente. Bewezenverklaard was dat de gemeente, een rechtspersoon, tezamen en in vereniging met een ander opzettelijk een bij de Belastingwet voorziene aangifte onjuist had gedaan, en dat zij tezamen en in vereniging met een ander een factuur valselijk had opgemaakt met het oogmerk deze als echt te gebruiken. Het Hof overweegt, kort samengevat, dat voor voorwaardelijk opzet in zijn algemeenheid drie elementen van belang zijn, te weten een kenniselement (bewustzijn van de mogelijkheid van een gevolg), een risico-element (aanmerkelijke kans dat een gevolg zal intreden) en een wilselement (verdachte moet deze aanmerkelijke kans willens en wetens hebben aanvaard). Ten aanzien van het kenniselement overweegt het Hof dat is komen vast te staan dat de verdachte met een medeverdachte besprekingen en onderhandelingen heeft gevoerd welke ertoe moesten leiden dat de gemeente met betrekking tot de levering van een sportpark minder omzetbelasting zou betalen dan zij verschuldigd was. De resultaten van deze besprekingen zijn omgezet in een constructie waarbij het fiscale risico werd verdeeld. In het kader van de verzonden constructie is door de verdachte ook de valse factuur aan deze medeverdachte ter beschikking gesteld. Het Hof leidt daaruit af dat de verdachte zich er van bewust was dat ten behoeve van deze constructie een onjuiste aangifte zou

kunnen worden gedaan. Uit een aantal bewijsmiddelen leidt het Hof af dat dit risico aanmerkelijk was; zo staat in het verslag van een bespreking als conclusie van een betrokkene dat de overeengekomen fiscale risicopost zeer waarschijnlijk zal worden aangesproken. Met betrekking tot het wilselement ten slotte neemt het Hof in aanmerking dat door de verdachte actief is meegewerkt aan de uitvoering van de afgesproken constructie. Zo is een 'kasrondje' gemaakt waarbij de medeverdachte aan verdachte een bedrag overmaakte dat een maand later met rente werd terugbetaald als beweerdelijke koopsom voor het sportcomplex. Vervolgens overweegt het Hof nog, dat het opzet van de direct betrokken ambtenaren van de verdachte redelijkerwijs aan de gemeente als rechtspersoon kan worden toegerekend, en licht dat nader toe.

De Hoge Raad doet de diverse middelen die tegen deze bewijsoverwegingen gericht zijn met een korte overweging af: 'Voor zover de klachten berusten op de opvatting dat in geval van vervolging van een rechtspersoon voor een bewezenverklaring van opzet bij de rechtspersoon is vereist dat komt vast te staan dat de namens die rechtspersoon optredende natuurlijke personen met dat opzet hebben gehandeld, falen ze, nu die opvatting onjuist is. Ook overigens treffen de klachten geen doel. In zijn (...) overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat op grond van de door hem vastgestelde omstandigheden van het geval, de feitelijke betrokkenheid van de ambtenaren van de verdachte bij de gang van zaken daaronder begrepen, bij de verdachte sprake is geweest van voorwaardelijk opzet. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting terwijl het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is.'

Opzet van de rechtspersoon behoeft dus niet te bestaan in toegerekend opzet van natuurlijke personen, het kan ook worden afgeleid uit een vastgestelde gang van zaken die gedragingen betreft welke voor rekening van de rechtspersoon komen.

Voor het opzet van de natuurlijke persoon die wegens zijn betrokkenheid bij strafbaar gedrag als functioneel pleger zou kunnen worden aangemerkt, geldt geen toerekeningsconstructie. Dat is al duidelijk beslist in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 m.nt. BVAR (IJzerdraadarrest).

Niet alleen de verdachte, maar ook de P-G bij het Gerechtshof Arnhem had beroep in cassatie ingesteld, en wel tegen de partiële vrijspraak van opzettelijk in het tenlastegelegde 'een formulier opzettelijk in strijd met de waarheid heeft ingevuld' en 'in strijd met het Deviezenbesl. 1945 opzettelijk heeft uitgevoerd'. De P-G meent dat het Hof 'die opzettelijke handelingen ten laste van verd. bewezen had moeten achten op den enkelen grond, dat ook bij zijn ondergeschikte J.D.M., welke, handelend ingevolge zijn algemene opdracht binnen den kring van verdachtes bedrijf, die handelingen verrichtte, opzet t.a.v. die handelingen aanwezig was.' De Hoge Raad meent echter dat 'het besproken oordeel is onjuist, daar opzet t.a.v. enig delict of delictsbestanddeel door het Nederlandse strafrecht nergens wordt toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest.'

Opzet wordt bij natuurlijke personen niet toegerekend. Dat vergroot het belang van de vraag waar de opzeteis precies betrekking op heeft. In dat verband is relevant dat bij economische delicten, waar functioneel plegen een belangrijke rol speelt, geen opzet op het niet naleven van de in de tenlastelegging bedoelde wettelijke verplichting wordt geëist.⁵⁰ Dat brengt mee dat het vereiste opzet soms betrekkelijk eenvoudig kan worden vastgesteld.

In HR 21 april 2009, LJN BH 2684, NJ 2009, 210 was bewezenverklaard dat de verdachte twee inrichtingen dreef waarvoor hij opzettelijk niet ten hoogste twaalf weken na 1 oktober 2000 aan het

⁵⁰ Vgl. HR 24 april 2007, NJ 2007, 544, m.nt. Y. Buruma.

bevoegd gezag had gemeld dat hij die inrichtingen in werking had. De Hoge Raad verwierp de klacht dat het bewezenverklaarde opzet ontoereikend gemotiveerd was. Uit de motivering van het Hof ‘volgt dat het Hof heeft aangenomen dat op de verdachte, die immers twee inrichtingen dreef in de zin van het Besluit, de verplichting rustte uiterlijk binnen twaalf weken na de inwerkingtreding van het Besluit op 1 oktober 2000 aan het bevoegd gezag te melden dat hij deze inrichtingen in werking had. Voorts houden de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen in dat de verdachte deze melding wat betreft de [ene inrichting] op 23 april 2004 en wat betreft de [andere inrichting] op 7 mei 2004 nog niet had gedaan. In aanmerking genomen dat in een geval als het onderhavige niet vereist is dat het opzet ook is gericht op het niet naleven van de in de bewezenverklaring bedoelde wettelijke verplichting (..), is de bewezenverklaring van het opzet door het Hof (..) toereikend gemotiveerd.’

Vervolgens is bij bestanddelen die wel door het opzet bestreken worden, van belang hoeveel willen en weten wordt verlangd, en welke feiten en omstandigheden daarvoor toereikend bewijs vormen. Daar is specifiek in verband met functioneel plegen evenwel weinig rechtspraak over gepubliceerd.

3.2 *Doen plegen*

Het kenmerkende van doen plegen is, dat de uitvoerder straffeloos is. Die straffeloosheid moet uit de bewijsmiddelen blijken. Ter illustratie kan worden gewezen op HR 9 februari 2010, LJN BK0688.

Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat hij feitelijke leiding heeft gegeven aan twee door twee rechtspersonen gepleegde strafbare feiten. Het eerste strafbaar feit bestond erin dat de rechtspersonen ‘opzettelijk de (strafrechtelijk niet aansprakelijke) douane expediteurs [C] en [D] B.V. en [E] B.V. aangiften ten invoer voor het vrije verkeer (..) telkens onjuist of onvolledig heeft doen doen’. En ook het tweede strafbare feit zouden de rechtspersonen volgens de bewezenverklaring door (strafrechtelijk niet aansprakelijke) douane expediteurs hebben doen uitvoeren. Het middel keert zich tegen de motivering van deze bewezenverklaringen met de klacht dat het Hof niet heeft vastgesteld dat de uitvoerders straffeloos waren. Die klacht slaagt; de Hoge Raad overweegt: ‘Aangezien de bewezenverklaring onder 1 en 2, voor zover behelzende dat de douane-expediteurs [C] en [D] B.V. strafrechtelijk niet aansprakelijk zijn, niet zonder meer kan worden afgeleid uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen, is ‘s Hofs uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed.’

In veel gevallen zal een straffeloze uitvoerder ook een uitvoerder zijn die bij het tot stand brengen van het strafbare feit een weinig zelfstandige rol vervult. Te denken valt aan de casus van het eerder besproken HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681 e.v (Melk- en Waterarrest). De knecht die de aangelengde melk rondbracht, vervulde geen zelfstandige rol bij het begaan van het delict.

Maar dat kan ook anders liggen. Te denken valt aan het geval waarin een volwassene zijn kind ophitst tegen andere kinderen. Het ligt minder voor de hand, bewezen te verklaren dat de volwassene in dat geval (zelf) heeft mishandeld. Te denken valt ook aan gevallen waarin de doen pleger een ander een kwaliteitsdelict doet plegen. Dat in die situatie van doen plegen sprake kan zijn kan worden afgeleid uit HR 21 april 1913, NJ 1913, p. 961 (Reispas arrest).⁵¹

⁵¹ Zie voor een recenter voorbeeld: Rechtbank Amsterdam 5 december 2008, LJN BH4297.

Bewezen was verklaard dat verdachte een reispas valselijk heeft doen opmaken. De verdachte had als Burgemeester van Zaandam bij de Commissaris der Koningin in de Provincie Noord-Holland, ten behoeve van een ingezetene van Zaandam een buitenlandse reispas naar Rusland aangevraagd. Bij die aanvraag was een opgave gevoegd die, gelijk hij wist, de leeftijd van deze ingezetene in strijd met de waarheid als 21 jaren, in plaats van 17 jaren vermeldde. De Commissaris der Koningin had, te goeder trouw afgaande op deze opgave, een reispas als bedoeld opgemaakt, waarin de leeftijd van de ingezetene in strijd met de waarheid werd verklaard te zijn 21 jaren. Een en ander had plaatsgevonden met het oogmerk om de valselijk opgemaakte reispas te doen gebruiken als ware hij echt. De Hoge Raad was van mening 'dat, naar Nederl. recht, iemand, die willens en wetens te weeg brengt, dat een ambtenaar krachtens de hem verleende bevoegdheid een stuk opmaakt met valschen inhoud, zulks te goeder trouw en daartoe bewogen door de dwaling, waarin hij door toedoen van dien persoon verkeert, moet gezegd worden dit feit in zijn geheel te hebben 'doen plegen'.'

De Hullu is van mening dat er voor doen plegen 'eigenlijk geen functie meer is weggelegd. Vanuit hedendaags perspectief biedt de oude jurisprudentie waarin de nog steeds geldende lijnen voor doen plegen zijn uitgezet, veel discussie zonder duidelijk materieelrechtelijk fundament. De casuïstiek uit die oude rechtspraak levert uit aansprakelijkheidsoogpunt geen problemen op, via andere constructies zijn zulke gevallen goed en ongeforceerd te behandelen. Doorgaans komt het gewone plegen in beeld via een eigentijdse, minder strikt fysieke interpretatie van de delictsgedraging of een andere deelnemingsvorm (medeplegen, maar vooral de in essentie vergelijkbare uitlokking).'⁵²

3.3 *Medeplegen*

3.3.1 *Samenwerking*

Als daders van een strafbaar feit worden ook gestraft zij die het feit medeplegen. De reikwijdte van deze deelnemingsfiguur is sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht steeds verder verruimd. Een belangrijke mijlpaal was HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 m.nt. ThWvV (Containerdiefstal).

Ten laste van verdachte is onder meer bewezenverklaard dat hij tezamen en in vereniging met een ander drie keer met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening heeft weggenomen een oplegger met container met inhoud. De bewezenverklaring van één van deze diefstallen steunt onder meer op de verklaring van de verdachte ter terechtzitting. Daarin verklaart hij een DAF-trekker te hebben gekocht om daarmee opleggers met containers te doen wegnemen. Op 26 augustus 1980 is hij in een auto gaan rondrijden met John V.; daarbij wees verdachte opleggers met containers aan. Terug in Rotterdam heeft hij de nummers op vrachtbrieven getikt en deze aan John V. gegeven. Vervolgens spraken zij telefonisch met Cor K. af dat deze samen met John V. de opleggers met containers zou wegnemen. Verdachte heeft de DAF-trekker vervolgens aan Cor K. ter beschikking gesteld teneinde één of meer opleggers met containers te bemachtigen. Met John V. heeft hij afgesproken dat deze hem zal opbellen wanneer hij met een weggenomen oplegger met container in een loods zal zijn waarvan de verdachte hem de sleutel heeft gegeven. Nog diezelfde nacht (van 26 op 27 augustus) belt John V. hem met deze boodschap op. Het Hof meent 'dat de samenwerking

⁵² De Hullu 2009, p. 457.

van verdachte met zijn mededaders zodanig volledig en nauw is geweest dat bij verdachte van medeplegen dient te worden gesproken.’ Op de klacht inzake de bewezenverklaring van medeplegen geeft de Hoge Raad aan dat het Hof op grond van de gebezigde bewijsmiddelen tot die bewezenverklaring is kunnen komen, ‘waaraan niet kan afdoen dat de bewijsmiddelen niets behelzen waaruit kan volgen dat de verdachte bij de ten laste gelegde wegneming lijfelijk aanwezig is geweest.’

Lijfelijke aanwezigheid bij het uitvoeren van het strafbare feit, en dus ook uitvoeringshandelingen, zijn derhalve geen vereisten voor medeplegen. Daarvan is volgens dit arrest sprake bij een samenwerking die ‘zodanig volledig en nauw’ is geweest dat van medeplegen dient te worden gesproken. In latere arresten is deze formulering nog wat aangepast. Een voorbeeld is te vinden in HR 15 mei 2007, LJN AZ6126, NJ 2007, 298.

In deze zaak was bewezen verklaard dat de verdachte tezamen en in vereniging met anderen met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening vier BMW's had weggenomen. Het Hof geeft in een bewijsoverweging de bewijsmiddelen weer. Daaruit volgt (onder meer) dat op 9 januari 2004 om 1.30 uur een grijze Mercedes S320 is gestolen. Omstreeks 23.26 uur diezelfde dag is bij de alarmcentrale de diefstal van de vier BMW's, waaronder een BMW X5 en een BMW cabriolet, gemeld. Korte tijd later, om 23.25/24.00 uur, zagen getuigen drie BMW's, waaronder een BMW X5 en een BMW cabriolet tezamen met een grijze Mercedes S320 door Oisterwijk rijden. Uit een aantal verklaringen wordt duidelijk dat de verdachte tot de groep behoort die in deze auto's heeft gereden. De Hoge Raad verwierpt de klachten over de bewijsvoering van ‘medeplegen’: ‘Het Hof heeft - naast de vaststelling omtrent het gebruik dat de verdachte van de gestolen BMW X5 heeft gemaakt - vastgesteld dat de (gestolen) Mercedes - waarin later die nacht de verdachte inzittende bleek te zijn - reeds zeer korte tijd na de diefstal van die BMW's door een aantal getuigen tezamen met drie van die BMW's is gezien, terwijl nog weer korte tijd later voor de Mercedes en één van de BMW's zonder te betalen benzine is getankt. Voorts blijkt uit 's Hofs vaststellingen dat de inzittenden van de BMW's en de Mercedes elkaar kenden en tijdens hun nachtelijke tocht contact met elkaar hadden, terwijl een aantal van hen - onder wie de verdachte - ‘altijd samen zijn’. Uit een en ander, in samenhang beschouwd met hetgeen de bewijsvoering overigens inhoudt, heeft het Hof kunnen afleiden dat tussen de verdachte en zijn mede-daders sprake was van een voor een bewezenverklaring van het plegen van de diefstal door twee of meer verenigde personen vereiste mate van bewuste en nauwe samenwerking.’

Voldoende is derhalve een zekere mate van ‘bewuste en nauwe samenwerking’. Dat criterium lijkt op het eerste gezicht een verruiming ten opzichte van het eerder gebruikte criterium te impliceren. De samenwerking behoeft, behalve nauw, immers enkel nog maar bewust te zijn, en dat is een opzeteis, geen eis aan de inhoud van de samenwerking. Van een volledige samenwerking behoeft geen sprake meer te zijn. Uit de jurisprudentie kan echter niet worden afgeleid dat de vereisten voor medeplegen versoepeld zijn. Met enige regelmaat worden de laatste jaren uitspraken van feitenrechters gecasseerd omdat de bewijsmiddelen onvoldoende steun bieden voor de bewezenverklaring van medeplegen. Voorbeelden zijn HR 23 maart 2010, LJN BL1689, NJ 2010, 196 en HR 22 december 2009, LJN BK3356, NJ 2010, 193 m.nt. P.A.M. Mevis.

In het eerstgenoemde arrest was verdachte veroordeeld wegens het tezamen en in vereniging met ander(en) opzettelijk verkopen en afleveren althans opzettelijk aanwezig hebben van soft drugs. De verdachte die (in de woorden van het Hof) ‘zichzelf ziet als mede-eigenaar’ van de coffeeshop waar

de strafbare gedragingen plaatsvinden, zou naar eigen zeggen vooral de externe contacten onderhouden. Hij zou geen wetenschap hebben van de wijze waarop de verantwoordelijke bedrijfsleiders de coffeeshop dreven en geen wetenschap hebben van de aankoop, levering en verkoop van de daar aanwezige soft drugs. Het Hof geeft aan de verdachte 'ook met deze taakverdeling' als medepleger te zien. De rol van de verdachte was volgens het Hof kennelijk een essentiële, blijkens het salaris dat hij ontving. Het beeld dat oprijst uit de populariteit van de shop, de beklanting, de cijfers die daarover en (over) de met die shop behaalde resultaten bekend zijn, zouden maken dat het ook met die taken van de verdachte als gegeven, onaannemelijk is dat verdachte geen weet gehad heeft of behoeven te hebben van 'die problematiek'. De Hoge Raad casseert omdat uit de bewijsmotivering niet kan volgen 'dat de verdachte wat betreft het bewezenverklarde opzettelijk verkopen en afleveren van [soft drugs] zo nauw en bewust met een ander of anderen heeft samengewerkt dat sprake is van het medeplegen van die gedragingen'.⁵³

In HR 22 december 2009, LJN BK3356, NJ 2010, 193 is bewezenverklaard dat verdachte tezamen en in vereniging met anderen opzettelijk en wederrechtelijk (eerst) een ruit en een dakgoot van een pand heeft beschadigd en (later op dezelfde dag) een NS-kaartautomaat heeft vernield. Bij de bewijsmiddelen zitten verklaringen van de verdachte, waarin hij vertelt dat het ontploffen van de dakgoot, en later van de kaartautomaat, hem een kick gaf. Ook zegt hij, in verband met het plan om een vlinderbom in de kaartautomaat te laten ontploffen: 'Wij vonden dit met z'n allen wel een goed idee.' Het Hof komt tot een veroordeling: gesteld kan worden 'dat verdachte zich willens en wetens in een situatie heeft begeven waarvan hij wist of in ieder geval kon weten dat schade en overlast zou ontstaan. Verdachte heeft ingestemd met en is aanwezig geweest bij voormelde vernielingen. Derhalve kan verdachte als medepleger worden gekwalificeerd. De Hoge Raad casseert evenwel: 'Uit de gebezigde bewijsmiddelen en de daaraan toegevoegde bewijsoverweging kan niet zonder meer volgen dat de verdachte telkens zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van medeplegen, in aanmerking genomen dat het louter aanwezig zijn bij en zich niet distantieëren van een door een ander gepleegde vernieling, alsmede het louter instemmen met die vernieling, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien daarvoor onvoldoende zijn.'

Zich niet distantieëren van een strafbaar feit is, zo illustreert het laatstgenoemde arrest, op zichzelf genomen onvoldoende om medeplegen aan te nemen. Dat kon ook al worden afgeleid uit HR 18 maart 2008, LJN BC6157, NJ 2008, 209 (Rijswijkse stoeptegelmoord), waarin overigens niet was vastgesteld dat verdachte met de strafbare gedragingen instemde. Maar onder omstandigheden kan het zich niet van strafbare gedragingen distantieëren wel een belangrijke rol spelen in een bewijsmotivering van medeplegen.

In HR 14 oktober 2003, NJ 2005, 183 m.nt. Kn is bewezen verklaard dat verdachte tezamen en in vereniging met een ander of anderen opzettelijk met voorbedachten rade haar dochter van het leven heeft beroofd. Het Hof heeft daarbij overwogen dat '(d)e verdachte wist dat haar dochter (..) gedood zou gaan worden indien niet door een huwelijk met haar vriend de schande van ontmaagding kon worden bedekt. Zij was op de hoogte van de weigering van deze vriend binnen afzienbare tijd met haar dochter te huwen. Met haar man en diens broer H., die op een binnen de familie als gezagsvol erkende wijze toestemming had gegeven voor het voltrekken van het lot van [het slachtoffer], heeft zij met deze personen haar dochter meegeleid naar de woning van de moeder van de verdachte, waar het lot van het zestienjarige meisje zou worden voltrokken. Blijkens de verklaring van haar moeder beschikte de verdachte over een sleutel die toegang bood tot deze woning. Door haar handelwijze heeft de verdachte niet alleen ingestemd met de doding van haar dochter maar daar

⁵³ Vgl. ook HR 30 mei 2006, LJN AV2344.

ook aan meegedaan. Daaraan doet niet af dat zij zelf vermoedelijk geen fysieke geweldshandelingen heeft verricht. De verdachte is vanaf de dreigende verwerkelijking van de moord tot de dood van haar dochter een feit was aanwezig geweest in de woning zonder zich op enigerlei wijze te distantieëren van deze toedracht.’ En de Hoge Raad verwerpt de klacht tegen deze bewezenverklaring: ‘Op grond van hetgeen het Hof blijktens de gebezigde bewijsmiddelen heeft vastgesteld en in de nadere bewijsoverweging heeft overwogen, heeft het geoordeeld dat tussen de verdachte en de mededader(s) van een zodanige bewuste en nauwe samenwerking sprake was dat zij de moord tezamen en in vereniging hebben gepleegd. Daarbij heeft het Hof gelet op het feit dat de verdachte zich vanaf het moment dat zij op de hoogte geraakte van de voorgenomen doding van haar dochter niet heeft gedistantieerd van de gedragingen van de andere dader(s) en in aanmerking genomen dat zij is meegereden in de auto waarin het slachtoffer werd meegevoerd naar de woning waar de moord werd voltrokken en waarvan zij de sleutel bezat. Dat oordeel is in het licht van de gebezigde bewijsmiddelen niet onbegrijpelijk.’

In HR 12 april 2005, NJ 2005, 577 m.nt. PMe is bewezen verklaard dat verdachte tezamen en in vereniging met een ander opzettelijk het slachtoffer van het leven heeft beroofd door met dat opzet een snelbinder (spin) om de hals/nek van het slachtoffer aan te trekken en te knopen. De Hoge Raad leidt uit de gebezigde bewijsmiddelen af dat het Hof (onder meer) heeft vastgesteld dat de verdachte en zijn medeverdachte het slachtoffer onaangekondigd een bezoek hebben gebracht. Verdachte is gedurende dit bezoek steeds in de nabijheid van de medeverdachte geweest en samen met hem weggegaan. Op het moment dat zij het slachtoffer verlieten was deze ‘uitgeschakeld’; er is geen aanwijzing dat die dag nog een ander in de woning is geweest. De volgende ochtend is vastgesteld dat het slachtoffer om het leven is gebracht door verwurging met een ‘spin’. Op die spin bleek celmateriaal van de medeverdachte te zijn achtergebleven. Verdachte heeft ten slotte nadien een brief geschreven waarin hij erkent dat hij en medeverdachte als enigen weten wat er gebeurd is. De bewezenverklaring van medeplegen was in dit geval toereikend gemotiveerd.⁵⁴

3.3.2 Het opzet van de medepleger

Het vereiste van een bewuste en nauwe samenwerking impliceert een opzeteis. Gesproken wordt wel van de eis van opzet op medeplegen. Daarnaast moet de medepleger opzet hebben op de bestanddelen waar de pleger opzet op moet hebben. Ter illustratie kan gewezen worden op HR 6 december 2005, NJ 2007, 455.

In deze zaak had het Hof bewezenverklaard dat de verdachte tezamen en in vereniging met ander(en), met het oogmerk om zich en ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen, door het aannemen van een valse hoedanigheid en door listige kunstgrepen en door een samenweefsel van verdichtsels één of meer medewerkers van de ABN/AMRO bank heeft bewogen tot de afgifte van een hoeveelheid geld. Verdachte en zijn mededader(s) hadden in strijd met de waarheid toegelaten of er mee ingestemd dat in een bij de ABN/AMRO bank te Leeuwarden ingediende aanvraag woninghypotheek op naam van verdachtes mededader een valse salarisspecificatie en koopovereenkomst was opgenomen. Daardoor werden de medewerker(s) van de ABN/AMRO bank te Leeuwarden bewogen tot afgifte van het geld aan verdachte en zijn mededaders. De precieze gang van zaken is echter niet helemaal duidelijk geworden. Tot de bewezen verklaarde alternatieven behoort, aldus het Gerechtshof, ‘dat de verdachte het feit tezamen en in vereniging met één ander (te weten M.) heeft gepleegd. Rekening moet dus worden gehouden met het geval dat er geen andere personen dan verdachte en M. bij de oplichting waren betrokken. Naar het oordeel van het

⁵⁴ Zie verder nog HR 11 januari 2000, NJ 2000, 228; HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682 m.nt. PMe.

hof doet ook in dat geval aan het bewijs van medeplegen niet af dat de betrokkenheid van M. mogelijk - wegens het ontbreken van het vereiste opzet op het delict - niet als medeplegen van oplichting kan worden gekwalificeerd. Daar gaat de Hoge Raad evenwel niet mee akkoord: 'Aan de (..) overwegingen van het Hof ligt als zijn opvatting ten grondslag dat ingeval is tenlastegelegd dat de verdachte zich tezamen en in vereniging met een ander heeft schuldig gemaakt aan oplichting, de omstandigheid dat die ander niet strafbaar is omdat bij hem het vereiste opzet heeft ontbroken, niet in de weg staat aan het oordeel dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan het medeplegen van dat misdrijf. Die opvatting is onjuist. Voor medeplegen [is] vereist dat twee personen bewust samenwerken met het oog op het verrichten van een strafbare gedraging. Anders gezegd: voor medeplegen is in het onderhavige geval nodig de bewuste samenwerking van beiden gericht op het begaan van de tenlastegelegde oplichting. Nu oplichting slechts strafbaar is indien het vereiste opzet aanwezig is, leidt het ontbreken van dat opzet bij een van beiden ertoe dat niet gesproken kan worden van bewuste samenwerking op het opzettelijk begaan van de oplichting. In zoverre is het middel gegrond.' En vervolgens doet de Hoge Raad nog een suggestie: 'Opmerking verdient dat art. 326 Sr vervolging en bestraffing mogelijk maakt van indirecte, door middel van of met behulp van een niet-strafbare (tussen)persoon (alleen) gepleegde oplichting (vgl. HR 18 juni 1968, NJ 1969, 70).'

De medepleger en de pleger worden wat het opzet op het delict betreft door de wetgever min of meer op één lijn gesteld. In de jurisprudentie wordt het opzet van de medepleger echter iets anders ingevuld naar het lijkt; de Hoge Raad werkt met een soort globaal opzet. Illustratief is HR 10 april 2007, LJN AZ5713, NJ 2007, 224.

Het Hof had bewezenverklaard dat verdachte tezamen en in vereniging met anderen opzettelijk twee slachtoffers wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd en beroofd gehouden, door hen plaats te laten nemen in een bestelbusje, hun handen te boeien en vast te binden, hun ogen en mond met tape af te plakken, en hen aldus mee te nemen. Verdachte verklaart het busje bestuurd te hebben, en hij verklaart twee personen in de bus te hebben zien instappen. En hij verklaart: 'Er moest gesproken worden.' Maar de verdachte ontkent bij het Hof dat hij weet had van de vrijheidsbeneming en de dwang die op beide slachtoffers is uitgeoefend en stelt dat hij niet heeft gezien dat zij gekneveld waren. Het Hof verwerpt dat verweer, overwogen wordt daarbij onder meer: 'De verdachte moet, gelet op zijn positie als bestuurder van de bus, ook hebben gezien dat [beide slachtoffers] waren gekneveld.' Het tegen deze overweging gerichte middel slaagt niet: 'Vooropgesteld moet worden (a) dat ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat hij als medepleger heeft deelgenomen aan het wederrechtelijk van de vrijheid beroven en beroofd houden van [beide slachtoffers], hetgeen uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid, en (b) dat voor zo een bewezenverklaring niet is vereist dat de verdachte op de hoogte is geweest van de precieze gedragingen van zijn mededader(s). Gelet daarop kan onbesproken blijven de vraag waaraan het Hof zijn oordeel heeft ontleend dat de verdachte 'gelet op zijn positie als bestuurder van de bus, ook moet hebben gezien dat [beide slachtoffers] waren gekneveld.' Voldoende is het opzet op de wederrechtelijke vrijheidsberoving, opzet op de precieze wijze van uitvoering daarvan is niet vereist.

Het lijkt er bovendien op, dat de samenwerking van invloed kan zijn op vaststellingen van opzet op de bestanddelen. Een illustratie is te vinden in HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Bacchus).

Bewezenverklaard is dat verdachte tezamen en in vereniging met een ander opzettelijk twee personen van het leven heeft beroofd, en één persoon gepoogd heeft van het leven te beroven, doordat zijn mededader met dat opzet met een pistool kogels heeft afgevuurd op een toegangsdeur

van muziekcafé Bacchus. Uit de bewijsmiddelen blijkt dat de broer van de verdachte na een ruzie met de portiers, die hen niet binnenlieten, heeft geschoten. De schietpartij was een uitvloeisel van een conflict met Albanezen in en buiten Bacchus eerder die avond. Dat conflict was de aanleiding geweest om het pistool te halen. Daarbij had de broer van de verdachte, die volgens een deskundige 'zachtmoedig van aard' is, het pistool juist van verdachte afgepakt omdat hij - volgens een verklaring die hij bij de RC heeft afgelegd - 'bang was voor de consequenties indien zijn broer het pistool bij zich zou houden'. Het middel betoogt dat bij deze broer geen voorwaardelijk opzet op dit strafbare feit kan worden vastgesteld. Maar de Hoge Raad oordeelt anders. De overwegingen van het Hof 'moeten, in onderlinge samenhang beschouwd, aldus worden verstaan dat tussen verdachte en diens mededader van een zodanige bewuste en nauwe samenwerking sprake was dat zij de feiten tezamen en in vereniging hebben gepleegd, meer in het bijzonder dat het voorwaardelijk opzet van de verdachte was gericht op het gebruik van het vuurwapen door zijn mededader en op de levensberoving van de slachtoffers.' Dat oordeel vindt de Hoge Raad niet onbegrijpelijk, 'mede gelet op de door het Hof vastgestelde gang van zaken voorafgaande aan het schieten en de actieve rol van de verdachte daarbij'.

De vaststelling van een bewuste en nauwe samenwerking lijkt blijkens de gebezigde bewoordingen het voorwaardelijk opzet op de gepleegde feiten in te sluiten ('meer in het bijzonder').

In het voorgaande ligt min of meer besloten, dat waar de delictsomschrijving bij de pleger geen opzet op bestanddelen eist, ook de medepleger daar geen opzet op behoeft te hebben. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van HR 20 mei 1997, LJN ZK0235 en HR 7 juli 2009, LJN BI3862, NJ 2009, 482.

In het eerste arrest was bewezen verklaard dat de verdachte tezamen en in vereniging met een ander een partij bloembollen in verpakkingen bestemd voor de verkoop aan de gebruiker voor zijn persoonlijke behoeften, heeft bewaard, terwijl bij die bloembollen afbeeldingen waren gevoegd welke misleidend waren met betrekking tot de soort van de desbetreffende bloembollen. Het eerste middel klaagt dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan volgen dat er sprake is geweest van medeplegen, zoals is bewezenverklaard. De Hoge Raad verworpt het middel met een verwijzing naar een passage in de conclusie van AG Fokkens, die luidt: 'Dit betekent voor het medeplegen zoals in casu het volgende. Voor medeplegen is onder meer een bewuste samenwerking, opzet op het samenwerken, vereist. Dit impliceert dat bij opzetdelicten er sprake moet zijn van dubbel opzet, te weten opzet op het (gevolg van het) delict en opzet op de samenwerking. Nu een overtreding geen opzetdelict is, volgt daaruit dat voor medeplegen van overtredingen 'slechts' opzet op de samenwerking is vereist. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat via de achterdeur een opzetvereiste - in de vorm van een voor medeplegen vereist opzet op de bestanddelen van het delict - voor overtredingen gaat gelden. (...). Dit betekent dat voorzover het middel zich op het standpunt stelt dat er sprake moet zijn van dubbel opzet - hetgeen volgens de steller van het middel niet aanwezig is, nu verzoekster niet de opzet op de bestanddelen van het delict heeft gehad - het berust op een verkeerde rechtsopvatting. Opzet op de samenwerking blijkt voldoende uit de gebezigde bewijsmiddelen, te weten uit de omstandigheid dat verzoekster:

- de partij dahliaknollen (met bemiddeling van [betrokkene 2]) heeft gekocht van [A];
- [A] opdracht heeft gegeven de partij te verpakken en van afbeeldingen te voorzien;
- met [A] heeft afgesproken dat deze de partij zou bewaren.

De bewezenverklaring is derhalve toereikend gemotiveerd.'

In het tweede arrest was bewezen verklaard dat verdachte tezamen en in vereniging met een ander als bestuurder van een motorrijtuig zich zodanig heeft gedragen dat een aan zijn schuld te wijten

verkeersongeval heeft plaatsgevonden. Verdachte en de medeverdachte zijn naast elkaar gaan stilstaan met de door hen bestuurde auto's en zijn vervolgens, terwijl een moeder met twee kinderen waaronder een baby gelegen in een kinderwagen ongeveer 200 meter verderop aanstalten maakte de weg over te steken, snel optrekkend, met beide auto's naast elkaar weggereden, waarbij binnen die 200 meter verdachte een snelheid bereikte van ongeveer 60 kilometer per uur en verdachtes mededader een snelheid bereikte van minimaal 60 kilometer per uur. De medeverdachte is de verdachte voorbijgereden en voor hem gaan rijden, waarna vervolgens de medeverdachte tegen de wandelwagen en de moeder is aangereden. De baby is uit de wandelwagen geslingerd, op het wegdek beland en overleden, aan de moeder werd zwaar lichamelijk letsel toegebracht. In reactie op een middel dat over de bewezenverklaring van medeplegen klaagt, overweegt de Hoge Raad: 'Het Hof heeft voor zijn oordeel dat de verdachte "tezamen en in vereniging" met een ander het bewezenverklaarde heeft begaan, niet alleen acht geslagen op de omstandigheid dat de verdachte en zijn medeverdachte ieder in hun eigen auto snel en gezamenlijk zijn opgetrokken, zij (nadat medeverdachte (..) de verdachte had ingehaald) zeer dicht achter elkaar zijn blijven rijden en zij ook overigens hun rijgedrag wederzijds op elkaar hebben afgestemd, maar ook op de vaststelling dat hun beider verkeersgedrag, mede gelet op de zichtbaarheid van de voetgangers vóór het weggrijden, dusdoende 'zeer onvoorzichtig en onoplettend' respectievelijk 'in vergaande mate onoplettend' en 'zeer onvoorzichtig' is geweest. Voorts heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat in het onderhavige geval aan een veroordeling voor het medeplegen van - kort gezegd - het culpoos veroorzaken van een ernstig verkeersongeval niet in de weg staat dat niet beide verkeersdeelnemers met de door hen bestuurde auto's met de slachtoffers in botsing zijn gekomen. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is. De bewezenverklaring is toereikend gemotiveerd.'⁵⁵

3.3.3 *Verdeling van bestanddelen; verschil in kwalificatie*

De kern van medeplegen is, zo blijkt, een bewuste en nauwe samenwerking. Die samenwerking kan in beginsel elk delict betreffen. Soms kent dat delict een bestanddeel dat slechts door één van beide deelnemers wordt vervuld. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in HR 21 juni 1926, NJ 1926, 955 (Magazijnbediende-arrest).

Aan de verdachte, magazijnbediende, was tenlastegelegd dat hij samen met de bedrijfsleider goederen had verduisterd van een zekere Emil Althaus, bij wie zij beiden in dienst waren. Uit de bewezenverklaring bleek dat de bedrijfsleider het goed uit hoofde van persoonlijke dienstbetrekking onder zich had. Dat was ten aanzien van de verdachte niet bewezenverklaard. De Hoge Raad merkt deze omstandigheid aan als een persoonlijke omstandigheid waardoor de straf wordt bepaald. Nu verdachte bekend was met deze omstandigheid en deze omstandigheid in zijn opzet begrepen was, moest zij bij de toepassing van de strafwet ook te zijnen aanzien in aanmerking komen. Want, zo bouwt de Hoge Raad op de wetsgeschiedenis voort, de uitzonderingsgrond van art. 50 Sr geldt alleen 'voor persoonlijke omstandigheden, waardoor de strafbaarheid wordt uitgesloten, verminderd of verhoogd, niet voor die, welke de strafbaarheid bepalen'. Het bewezenverklaarde levert op het medeplegen van art. 322 Sr.

Op grond van dit arrest kan worden aangenomen dat medeplegen van kwaliteitsdelicten door een persoon die deze kwaliteit niet bezit in het algemeen gesproken mogelijk is, mits deze omstandigheid 'in zijn opzet begrepen' is.⁵⁶ Anders

⁵⁵ Vgl. ook HR 6 oktober 2009, NJ 2009, 504.

⁵⁶ Vgl. recenter ook HR 28 februari 2006, LJN AU9096. Zie over deze materie nader De Jong 2009.

wordt het, wanneer deze persoon niet met deze kwaliteit op de hoogte is. In dat geval kan een verschil in bewezenverklaring en kwalificatie bij beide medeplegers in de rede liggen. In de geschetste casus zou dan kwalificatie als het medeplegen van verduistering (art. 321 Sr) in de rede liggen.

Bij andere bestanddelen van een delictsomschrijving kan zich eveneens de situatie voordoen dat het bestanddeel slechts door één van de medeplegers wordt vervuld. Te denken valt aan een diefstal die met braak gepaard gaat, of met geweldpleging. Ook in dergelijke gevallen lijkt de Hoge Raad te eisen dat de medepleger opzet op dit bestanddeel heeft. Dat wordt ondersteund door HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426.

Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat hij tezamen en in vereniging met een ander met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening uit een huis horloges en een armband heeft weggenomen, waarbij verdachte en zijn mededaders zich de toegang tot de plaats van het misdrijf hebben verschaft door braak, en welke diefstal gevolgd werd door geweld tegen twee politieambtenaren. De mededader van verdachte had geschoten; één van de politieambtenaren had daardoor zwaar lichamelijk letsel opgelopen. De verdachte bestrijdt dat hij opzet op dat geweld had. De Hoge Raad meent dat het Hof 'klaarblijkelijk' van oordeel is geweest 'dat de verdachte zich enerzijds bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat geweld zou worden gepleegd door de ander en anderzijds zich niet heeft gedistantieerd van de gedragingen van die ander'. Dat oordeel vindt de Hoge Raad niet onbegrijpelijk.

In de vorige paragraaf bleek al, dat het vereiste opzet op bestanddelen soms min of meer uit de bewuste en nauwe samenwerking kan worden afgeleid. Dat kan ook hier wel eens de achterliggende gedachte zijn geweest. Wie ter uitvoering van strafbare plannen met anderen op pad gaat, krijgt ook de rekening gepresenteerd van de risico's die hij daarmee neemt.⁵⁷

3.4 *Uitlokken*

Als daders zijn ten slotte strafbaar 'zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen het feit opzettelijk uitlokken.' Eerste vereiste is, dat de pleger is uitgelokt; hij moet door de gedragingen zijn bewogen. Krabbe noemt dat het 'psychische omslagpunt'.⁵⁸ Of de uitlokker wel een omslag had bewerkstelligd, stond bijvoorbeeld ter discussie in HR 6 mei 1986, NJ 1987, 77.

Bewezen is verklaard dat J.W.P. in een pand brand heeft gesticht, welk strafbaar feit J.T. door een belofte, te weten door het in het vooruitzicht stellen van een beloning opzettelijk heeft uitgelokt, welk door J.T. gepleegd feit hij, verdachte door het in het vooruitzicht stellen van een beloning opzettelijk heeft uitgelokt. Het middel klaagt erover dat uit de bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat de wil van J.W.P. om brand te stichten is opgewekt door een belofte. J.W.P. heeft namelijk verklaard dat hij aan T. heeft gevraagd of hij voor het stichten van de brand een vergoeding zou krijgen. Pas toen beloofde J.T. een geldbedrag. Daarom was, volgens het middel, de wil bij J.W.P. om de brand te stichten reeds aanwezig, zij het wellicht in voorwaardelijke vorm,

⁵⁷ Vrij naar Knigge 2003, p. 316.

⁵⁸ Krabbe 2007, p. 139.

voordat J.T hem geld beloofde. De Hoge Raad meent evenwel dat het bewezenverklaarde uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid.

Dit arrest illustreert, dat van een psychisch omslagpunt ook sprake kan zijn als de pleger niet onwelwillend tegenover het plegen van het misdrijf stond. Het proberen te bewerkstelligen van zo'n psychisch omslagpunt is door de wetgever zo bedreigend geacht, dat het ook als het zonder gevolgen blijft tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt (art. 46a Sr; dit artikel blijft hier verder onbesproken). Als de pleger al het voornemen heeft om het misdrijf te plegen, kan hij evenwel niet uitgelokt worden. Wel kan dan eventueel nog van medeplegen sprake zijn (vgl. de casus van het Containerdiefstalarrest) of van medeplichtigheid.

Het psychisch omslagpunt moet bovendien bewerkstelligd zijn door een uitlokkingsmiddel. De uitlokkingsmiddelen worden evenwel ruim geïnterpreteerd. Een voorbeeld is te vinden in HR 27 februari 2001, LJN AB0260, NJ 2001, 308.

Ten laste van verdachte is, kort gezegd, bewezen verklaard dat hij tezamen en in vereniging met een ander door het verschaffen van inlichtingen heeft uitgelokt dat P.B. zware mishandeling heeft gepleegd die de dood van het slachtoffer tot gevolg heeft gehad, door 'aan die P.B. mede te delen dat hij, verdachte, en M.F en anderen door [het slachtoffer] (meermalen) zijn bedreigd en de hulp in te roepen van die P.B. en anderen teneinde [het slachtoffer] te laten stoppen met het uiten van bedreigingen tegen hem, verdachte, en M.F. en anderen.' In cassatie wordt er (in de woorden van de Hoge Raad) over geklaagd dat 'van inlichtingen in de zin van art. 47, eerste lid, onder 2o, Sr niet kan worden gesproken, nu de desbetreffende mededelingen er niet toe strekten het uitgelokte feit mogelijk of gemakkelijker te maken'. De Hoge Raad overweegt dat onder inlichtingen in dit verband zijn begrepen 'mededelingen van feitelijke aard die van belang zijn met het oog op het te plegen delict in die zin dat deze geschikt zijn om in de omstandigheden van het geval te bewerkstelligen dat het delict wordt gepleegd. De inhoud van de aan B. verstrekte informatie (...) behelsde een mededeling van feitelijke aard, te weten de door [het slachtoffer] geuite bedreigingen, waaronder die om B. te zullen vermoorden. Die mededeling was in het licht van de omstandigheid dat de verdachten wisten dat B., naar het Hof heeft overwogen, een reputatie van criminaliteit en gewelddadigheid had, van belang met het oog op het te plegen delict in de zin als hiervoor bedoeld'. Daarom gaf het oordeel van het Hof dat hier sprake was van inlichtingen als bedoeld in art. 47 lid 1 onder 2°, Sr geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Het kan voorkomen dat het gepleegde misdrijf afwijkt van wat de uitlokker voor ogen stond. Uit de jurisprudentie blijkt dat enig verschil niet aan aansprakelijkheid van de uitlokker in de weg staat. Illustratief is HR 29 april 1997, NJ 1997, 654, al biedt dat arrest niet heel veel duidelijkheid.

Bewezen is verklaard dat de verdachte door een belofte van geld (f. 1500) J.A.F. en H.S. heeft uitgelokt om uit een bedrijfspand een kopieerapparaat te stelen. In cassatie wordt bestreden dat verdachte de plegers opzettelijk heeft uitgelokt. Verdachte heeft verklaard dat het verkeerde kopieerapparaat is gestolen. Het was een zwart-wit kopieerapparaat, en hij had een kleurenkopieerapparaat nodig, voor het namaken van bankbiljetten. Hij heeft het stelen van dit kopieerapparaat dus niet op de koop toegenomen. De Hoge Raad meent dat het oordeel van het Hof dat bij de verdachte sprake was van voorwaardelijk opzet geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Maar de Hoge Raad overweegt ook, dat het middel miskent dat in cassatie geen beroep kan worden gedaan op feiten en omstandigheden waaromtrent het Hof niets heeft vastgesteld. Daarmee laat het arrest in het midden, wat beslist zou zijn als - veronderstellenderwijs - van de juistheid van deze feiten zou zijn uitgegaan.

De drie tot dusver in deze paragraaf genoemde arresten vormen ook een illustratie van een fenomeen dat niet tot de uitlokking beperkt is, maar wel relatief dikwijls in combinatie met uitlokking voorkomt: de samengestelde deelneming. In het eerste arrest ging het om uitlokking van uitlokking, in het tweede om medeplegen van uitlokking, en in het derde om uitlokking van medeplegen. De drie arresten vormen al een belangrijke indicatie dat de Hoge Raad geen probleem maakt van samengestelde deelneming. Dat is terug te leiden op HR 24 januari 1950, NJ 1950, 287 m.nt. BVAR(het Examen-arrest).

De casus was als volgt. Een zekere B.W.M. lokte een ander, een zekere W.H.F.B. uit om onder zijn naam het middenstandsexamen te doen. B.W.M. was aan de naam van de uitgelokte gekomen via zijn leraar, die hem een lijstje met namen van geschikte personen had gegeven. In dit arrest wordt deze leraar veroordeeld wegens medeplichtigheid aan uitlokking van een strafbare poging tot oplichting. De Hoge Raad laat deze veroordeling in stand. Daarbij wordt onder meer overwogen dat ‘steeds vaker personen handelingen niet rechtstreeks doch door méér tussenkomende personen verrichten’. En het zou ‘niet aangaan’ dat een persoon zijn medeplichtige aan strafbaarheid zou kunnen onttrekken (bij het ontbreken van strafbaarheid van samengestelde deelneming) enkel door het misdrijf niet zelf te volvoeren doch het door een derde volvoeren daarvan uit te lokken.

Het laatste argument is het sterkste. Een regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid die naast het plegen vormen van deelneming omvat, dwingt welhaast tot het aanvaarden van de strafbaarheid van samengestelde deelneming.

Krabbe plaatste in 1985 al een vraagteken bij de specificatie van uitlokking door een limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen: ‘Gelet op de ruime interpretatie van de uitlokkingsmiddelen en de toevoeging van de drie ‘nieuwe’ middelen in 1924 kan men zich afvragen wat er over is gebleven van de door de minister beoogde rechtszekerheid. (..) Zouden, zoals in de Duitse Bondsrepubliek is gebeurd, de uitlokkingsmiddelen geschrapt worden uit de tekst dan zou een belangrijke hindernis tot de integratie van de deelnemingsfiguren uitlokken en doen plegen zijn weggenomen.’⁵⁹ Hij verwees daarbij naar de noot van Bronkhorst onder HR 29 juni 1971, NJ 1972, 116, die in de beschreven discussie tussen Modderman en kamerlid Van der Werk (zie par. 2.1) de zijde van de laatste koos: doorslaggevend zou moeten zijn dat de werkelijke auctor intellectualis niet aan de strafwet ‘ontvalt’. De Hullu gaat dezelfde kant op, waar hij opmerkt: ‘Bij het samensmelten van uitlokken en doen plegen zou wel een beslissing moeten worden genomen over de vraag of er nog behoefte is aan een wettelijke opsomming van uitlokkingsmiddelen. Daarvoor pleit het bevorderen van een zekere helderheid en beperking, maar heel dwingend is dat argument niet omdat hetzelfde effect bijna wordt bereikt door de voorwaarde van de psychische omslag en door het voor de uitlokker geldende opzetvereiste.’⁶⁰

3.5 Medeplichtigheid

Art. 48 Sr bepaalt dat ‘als medeplichtigen van een misdrijf worden gestraft:
1º. zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf;

⁵⁹ Krabbe 1985, p. 111.

⁶⁰ De Hullu 2009, p. 466-467.

2°. zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van het misdrijf.' De medeplichtigheidsvorm onder 1° wordt gewoonlijk aangeduid als de gelijktijdige medeplichtigheid; de medeplichtigheidsvorm onder 2° als de voorafgaande medeplichtigheid.

Het bijzondere van de medeplichtige is dat deze (anders dan de pleger en de overige deelnemers) geen dader is (vgl. art. 47 Sr) en dat op medeplichtigheid een lager strafmaximum staat (art. 49 Sr). Dat correspondeert met de omstandigheid dat de eisen die aan de bijdrage van de medeplichtige gesteld worden, lager zijn dan de eisen die voor medeplegen en uitlokking gelden. Anders dan bij medeplegen is bij medeplichtigheid geen bewuste en nauwe samenwerking vereist. Anders dan de uitlokker bewerkstelligt de medeplichtige geen psychisch omslagpunt, maar helpt hij bij de realisatie van een reeds voorgenomen misdrijf. Dat kan worden geïllustreerd met HR 16 augustus 2005, LJN AT6058, NJ 2005, 490.

In deze zaak werd de verdachte veroordeeld voor medeplichtigheid aan de moord op een kind van nog geen jaar oud. Uit de bewijsoverwegingen van het Hof volgt dat de pleger, de broer van verdachte, de vriend van de moeder en de vader van het kind was. De verdachte had eerder gezien hoe de moeder door zijn broer in elkaar was geslagen, wurgingsporen had, een blauw oog en beetplekken. En hij had eerder gehoord dat zijn (ernstig zieke) broer had gezegd dat als hij dood ging, zijn vriendin en dochter ook dood moesten. Een getuige verklaart dat verdachte heel goed wist dat zijn broer deed wat hij zei. Op de fatale dag is aan hem gevraagd op het kind te passen. Nadat zijn broer eerst met zijn vriendin is weggegaan en zonder haar is teruggekomen, heeft hij verdachte gezegd om met hem mee te komen en het kind mee te nemen. Zij zijn samen in de auto gestapt en naar de duinen gereden. Daar zijn zij de duinen ingelopen en naar een afgelegen plek gelopen. Verdachte heeft het kind daarbij gedragen. Zijn broer heeft daar, nadat verdachte was weggelopen, het kind gedood. De Hoge Raad is van mening dat uit de gebezigde bewijsmiddelen, mede gelet op de nadere bewijsoverwegingen, kan worden afgeleid dat de verdachte opzettelijk gelegenheid heeft verschaft tot de moord op het kind. Maar van een bewuste en nauwe samenwerking was geen sprake, en er is geen twijfel over dat het gaat om hulp bij een door de pleger voorgenomen misdrijf.

Ook de medeplichtige moet opzet op het gepleegde feit hebben. Dat kan worden geïllustreerd met HR 2 november 2009, LJN BJ6931, NJ 2010, 335, m.nt. M.J. Borgers.

Bewezenverklaard is medeplichtigheid aan hennepsteelt. Verdachte zou opzettelijk gelegenheid en middelen daartoe hebben verschaft door onbekend gebleven personen een pand voor de teelt van hennepplanten ter beschikking te stellen. Het hof meent dat de verdachte door de loods onder te verhuren aan personen die hij niet kende of kon traceren en gezien in het licht van zijn ervaring met hennepkwekerijen (hij had eerder bedrijfsruimtes onderverhuurd in welke hennepkwekerijen zijn aangetroffen, en had ook zelf een aantal jaren eerder een hennepkwekerij gehad) willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat in genoemde loods een hennepkwekerij zou worden opgezet. Maar de Hoge Raad casseert: 'Aangezien de bewezenverklaring, voor zover behelzende dat de verdachte opzet heeft gehad op de medeplichtigheid aan de teelt van hennep, niet zonder meer kan worden afgeleid uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen en de nadere bewijsoverweging, is de uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'

Wat de nadere invulling van het opzet van de medeplichtige op het gepleegde strafbare feit betreft, valt een vergelijkbare benadering als bij de uitlokker te constateren. Er wordt gewerkt met een soort globaal opzet; doorslaggevend is of het misdrijf binnen een bepaalde bandbreedte valt ten opzichte van het misdrijf dat de

medeplichtige voor ogen stond. Illustratief is HR 4 maart 2008, LJN BCo780, NJ 2008, 156.

Aan de verdachte was onder meer ten laste gelegd de medeplichtigheid aan poging tot moord/doodslag dan wel zware mishandeling met voorbedachte raad, door (kort gezegd) met medeverdachten op zoek te gaan naar het slachtoffer, hen in dat kader in een door verdachte bestuurde auto rond te rijden, en het wapen mee te nemen waarmee op het slachtoffer is geschoten. Daarvan is verdachte door het Gerechtshof vrijgesproken, onder meer omdat 'in de tenlastelegging als feitelijke omschrijving voor dat misdrijf slechts het gebruik van een vuurwapen is genoemd [en het Hof] niet wettig en overtuigend bewezen acht dat verdachte aanwezig was bij het schietincident noch kennis had van de aanwezigheid van een vuurwapen'. Maar die vrijspraak wordt door de Hoge Raad gecasseerd: 'Kennelijk heeft het Hof voor de vrijspraak van - kort gezegd - de medeplichtigheid in de eerste plaats van belang geacht dat niet kon worden bewezen dat het opzet van de verdachte was gericht op de manier waarop het misdrijf zou worden uitgevoerd, in dit geval door het gebruik van een vuurwapen. Daarmee heeft het een eis gesteld die geen steun vindt in het recht. Voor de bewezenverklaring van opzettelijke medeplichtigheid aan een misdrijf is onder meer vereist dat bewezen wordt dat verdachtes opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op dat misdrijf. Dat opzet omvat echter niet de precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan. Dat wordt niet anders nu in de tenlastelegging bij de omschrijving van het door de daders voorgenomen misdrijf alleen het schieten als handeling ter uitvoering van het voornemen is genoemd.'

Daarbij geldt nog een bijzondere voorziening voor het geval de medeplichtige een minder ernstig misdrijf heeft beoogd dan uiteindelijk gepleegd is: bij het bepalen van de straf komen dan alleen die handelingen in aanmerking die de medeplichtige opzettelijk heeft gemakkelijk gemaakt of bevorderd (art. 49 lid 4 Sr). Van een verschil in opzet was bijvoorbeeld sprake in HR 2 oktober 2007, NJ 2007, 553.⁶¹

Bewezenverklaard is medeplichtigheid aan moord. Het slachtoffer is vanuit een auto doodgeschoten; de verdachte heeft daartoe middelen verschaft door de auto uit te lenen. In cassatie wordt er vervolgens over geklaagd dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan blijken dat de verdachte voorwaardelijk opzet op het plegen van moord heeft gehad. De Hoge Raad overweegt 'dat uit de artt. 47, 48 en 49 Sr, gelezen in onderling verband en samenhang, volgt dat enerzijds ten aanzien van de medeplichtige bij de bewezenverklaring en kwalificatie moet worden uitgegaan van de door de dader verrichte handelingen, ook indien het opzet van de medeplichtige slechts was gericht op een deel daarvan, en dat anderzijds het maximum van de aan de medeplichtige op te leggen straf een derde minder bedraagt dan het maximum van de straf, gesteld op het misdrijf dat de medeplichtige voor ogen stond'. Het Hof heeft in zijn overwegingen 'tot uitdrukking gebracht dat de verdachte in algemene zin op de hoogte was van het voornemen van de daders tot het plegen van een overval, dat hij anders dan de daders geen voorbedachte raad ten aanzien van de dood van het slachtoffer heeft gehad, maar wel (voorwaardelijk) opzet op de dood van een slachtoffer. Het daarop gebaseerde oordeel van het Hof dat het handelen van de verdachte als medeplichtigheid aan moord kan worden gekwalificeerd, geeft (..) geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.' Vervolgens heeft het Hof 'bij het bepalen van de straf tot uitdrukking gebracht dat de verdachte wel (voorwaardelijk) opzet op de dood van het slachtoffer heeft gehad, maar dat daarbij van voorbedachte raad bij hem geen sprake is geweest. Die beslissing die met zich meebrengt dat het toepasselijke strafmaximum is bepaald op grond van medeplichtigheid tot doodslag en niet op grond van medeplichtigheid tot moord, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het in art. 49, vierde lid, Sr bepaalde.'

⁶¹ Vgl. ook HR 30 juni 2009, NJ 2009, 481.

De Hullu plaatst vraagtekens bij de wettelijke vormgeving van medeplichtigheid; met name bij het onderscheid dat de wet maakt tussen gelijktijdige en voorafgaande medeplichtigheid. Hij meent: 'Medeplichtigheid in de vorm van behulpzaamheid bij zou eigenlijk ook goed voldoen, het geven van gelegenheid, middelen of inlichtingen kan immers als een vorm van behulpzaamheid worden gezien. Chronologische aspecten -medeplichtigheid voorafgaand of echt tijdens het strafbare feit - zijn ook bij het plegen en medeplegen minder belangrijk geworden.'⁶² Ook Wolswijk vraagt zich af 'of de begrenzing van de voorafgaande medeplichtigheid wel aansluit bij de huidige opvattingen'. Hij meent dat 'de opvattingen over aansprakelijkheid sinds de totstandkoming van het Wetboek (eind 19e eeuw) ingrijpend gewijzigd zijn' en verwijst daarbij naar voornoemde opmerking van De Hullu en naar de zeer ruime uitleg van de middelen bij voorafgaande medeplichtigheid, met name van inlichtingen.⁶³

Dat de Hoge Raad wat minder aan het onderscheid is gaan hechten, kan mogelijk worden afgeleid uit HR 24 maart 2009, LJN BG4831. Daarin gaf de Hoge Raad aan dat de opvatting dat 'behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf' als bedoeld in art. 48 onder 10, Sr niet mede kan bestaan uit het geven van informatie, aanwijzingen en adviezen, berust op een onjuiste rechtsopvatting.

Begunstiging (vgl. art. 189 Sr) levert geen medeplichtigheid op. Maar het overeenkomstig een tevoren met de pleger gemaakte afspraak met een auto in de nabijheid van de plaats van het misdrijf wachten ten einde deze te helpen vluchten, kan wel medeplichtigheid opleveren (HR 15 december 1987, NJ 1988, 835 m.nt. GEM).

En ook passief gedrag kan onder omstandigheden medeplichtigheid opleveren, zo kan onder meer worden afgeleid uit HR 12 december 2000, NJ 2002, 516 m.nt. Kn.

Een korte weergave van de gang van zaken kan worden ontleend aan de noot. De verdachte in deze zaak heeft op een gegeven moment het latere slachtoffer dusdanig met een stuk trapleuning bewerkt, dat deze niet meer kon lopen. Twee weken later zit het slachtoffer zwaar gewond op het toilet, en roept steeds harder ('wolfachtig') om hulp. Omdat de verdachte daar 'gek' van wordt, trekt hij zich terug in de woonkamer en draait daar de stereo open. Na middernacht komt de derde medebewoner van het huis dronken thuis; deze trapt het slachtoffer dood. Verdachte ziet het gebeuren, maar grijpt niet in. De Hoge Raad overweegt dat het Hof heeft 'vastgesteld dat de verdachte wist dat het slachtoffer, tevens zijn huisgenoot, volstrekt weerloos was. Nu het Hof tevens heeft vastgesteld dat die weerloosheid door de verdachte was veroorzaakt, heeft het Hof kennelijk en terecht geoordeeld dat daardoor op de verdachte de rechtsplicht was komen te rusten om het slachtoffer te beschermen tegen het door L. in de woning van de verdachte en in diens bijzijn jegens het slachtoffer gepleegde geweld.' De veroordeling wegens medeplichtigheid aan doodslag blijft in stand.

⁶² De Hullu 2009, p. 475. De Hullu verwijst nog naar het wetsontwerp tot herziening van het Wetboek van Strafrecht uit 1900, Kamerstukken II 1900/1, 100, waar wordt gesproken van hen 'die opzettelijk eene handeling verrichten waardoor dat feit wordt bevorderd of gemakkelijk gemaakt'.

⁶³ Wolswijk 2007, p. 193-194. Zie ook Wolswijk 2008.

3.6 *Feitelijke leiding geven en opdrachtgeven*

Uitlokking en medeplichtigheid worden wel aangeduid als vormen van indirecte deelneming. Anders dan de medeplegers treden uitlokkers en medeplichtigen niet in de plaats van de pleger, maar staan zij naast de pleger. De accessoriteit speelt hier een meer pregnante rol.⁶⁴ Dat geldt ook voor de laatste aansprakelijkheidsfiguur die in deze paragraaf besproken wordt: het feitelijke leiding geven aan en opdrachtgeven tot een strafbaar feit begaan door een rechtspersoon. De strafvervolgning kan alleen tegen deze natuurlijke personen worden ingesteld 'indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon'. Dat kan worden geïllustreerd met HR 12 januari 2010, LJN BK2149.

Aan de verdachte was tenlastegelegd, kort gezegd, dat twee besloten vennootschappen aangiften omzetbelasting opzettelijk onjuist en/of onvolledig hebben gedaan, terwijl het feit er telkens toe strekte dat te weinig belasting werd geheven, tot welke feiten hij, verdachte, opdracht heeft gegeven en/of aan welke verboden gedragingen hij, verdachte, feitelijke leiding heeft gegeven. Het Hof had vrijgesproken omdat ten laste van de verdachte niet kon worden bewezen dat hij de in de tenlastelegging genoemde aangiften omzetbelasting opzettelijk onjuist dan wel onvolledig heeft gedaan. Daarmee had het Hof volgens de Hoge Raad de grondslag van de tenlastelegging verlaten: 'Bij de beoordeling van de vraag of een verdachte ter zake van het feitelijke leiding geven aan dan wel opdracht geven tot een door een rechtspersoon verrichte verboden gedraging, als bedoeld in art. 51, tweede lid aanhef en onder 2°, Sr, strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, dient eerst te worden vastgesteld dat die rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan. In het onderhavige geval had het Hof derhalve ten aanzien van de in de tenlastelegging genoemde rechtspersonen de vraag moeten beantwoorden of zij de aldaar genoemde aangiften omzetbelasting opzettelijk onjuist en/of onvolledig hebben gedaan. Eerst na een bevestigend antwoord, komt de vraag aan de orde of kan worden bewezen dat de verdachte aan die gedraging feitelijke leiding heeft gegeven dan wel daartoe opdracht heeft gegeven. Zoals in de conclusie (..) is uiteengezet moeten het opzet van de rechtspersoon op de verboden gedragingen en de daarvoor vereiste vaststellingen worden onderscheiden van hetgeen is vereist voor een bewezenverklaring van het opdracht geven tot dan wel het feitelijke leidinggeven aan die gedragingen.'

Alleen in het geval is vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan door een rechtspersoon, komt de aansprakelijkheid van de opdrachtgever en de feitelijke leidinggever aan de orde. Criteria voor het feitelijke leidinggeven heeft de Hoge Raad gegeven in de zogenaamde Slavenburgbeschikkingen (HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 en 322 m.nt. 'tH), gewezen naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen een kennisgeving van verdere vervolging.

De verdachte was in deze zaak naar de terechtzitting verwezen terzake dat, kort gezegd, NV Slavenburg's bank in het bankwezen gebruikelijke bescheiden (hoofdzakelijk algemene kredietovereenkomsten) valselijk heeft opgesteld met het oogmerk om die als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken, terwijl uit dat gebruik enig nadeel kan ontstaan, hebbende hij, verdachte, te zamen en in vereniging met een of meer anderen, althans alleen, tot die feiten opdracht gegeven en/of feitelijke leiding gegeven aan die verboden gedragingen. Het eerste middel bestreed dat het Hof het verweer dat er in casu onvoldoende aanwijzingen van schuld terzake van feitelijke leiding geven waren op onvoldoende grond had verworpen. De Hoge Raad zag dat anders:

⁶⁴ De Jong 2007, p. 115.

‘Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris - hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden - maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen. De bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans als (hier) bedoeld kan zich te dezen voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de bank rechtstreeks verband hield met de in de kennisgeving van verdere vervolging omschreven verboden gedragingen.’

Tegen deze achtergrond gaven de overwegingen van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

4 Tenlastelegging, bewijs en kwalificatie

4.1 De grondslag van de tenlastelegging en het EVRM

Uit art. 6 EVRM vloeit voort, dat de rechter bij bewezenverklaring en kwalificatie in zekere mate aan de tenlastelegging gebonden is. Illustratief zijn twee uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: EHRM 24 oktober 1996, *De Salvador Torres v. Spain*, appl. no. 21525/93, NJ 1998, 294 m.nt. Kn en EHRM 25 maart 1999, *Pélissier and Sassi v. France*, appl. no. 25444/94.

De Salvador Torres was bestuurder van een ziekenhuis in Barcelona (Hospital Clínico y Provincial). Hij maakte een afspraak met de bank waar het geld van het ziekenhuis op een rekening stond. Er zou een extra rente vergoed worden die op zijn privérekening gestort zou worden. Dat leverde tussen 1966 en 1983 een bijverdienste op voor De Salvador Torres. Welk strafbaar feit leverde dit gedrag op? De onderzoeksrechter, de officier van justitie en het ziekenhuis vonden dat sprake was van verduistering van publieke middelen, begaan door een persoon aan wie fondsen van een openbare instelling zijn toevertrouwd. De landsadvocaat (Abogado del Estado) vond dat sprake was van ambtelijke corruptie. De rechtbank veroordeelde De Salvador Torres wegens verduistering tot achttien maanden gevangenisstraf. De Spaanse Hoge Raad oordeelde evenwel dat sprake was van verduistering door een ambtenaar in functie, en verhoogde de straf naar vijf jaar gevangenisstraf. De Salvador Torres klaagde zich bij het Spaanse Constitutionele Hof, omdat hij niet zou zijn geïnformeerd over alle aspecten van de beschuldiging tegen hem. Maar die klacht werd verworpen: de beschuldiging impliceerde dat De Salvador Torres voordeel had getrokken uit zijn positie bij het begaan van het feit. En het EHRM sluit zich daar bij aan: ‘the public nature of the applicant’s position was an element intrinsic to the original accusation of embezzlement of public funds and hence known to the applicant from the outset of the proceedings. He must accordingly have been aware of the possibility that the courts (..) would find that this underlying factual element could, in the less severe context of simple embezzlement, constitute an aggravating circumstance for the purpose of determining the sentence’.

Pélissier en Sassi stonden terecht op beschuldiging van bankbreuk. In eerste aanleg werden zij vrijgesproken omdat zij niet gezien konden worden als *de jure* managers. De benadeelde partij stelde hoger beroep in, naar haar mening zouden zij veroordeeld moeten worden wegens medeplichtigheid aan bedrieglijke bankbreuk. En daar werden zij in hoger beroep ook voor veroordeeld. Die veroordeling bleef in cassatie in stand: de rechter had volgens het Cour de Cassation genoegzaam vastgesteld dat aan alle bestanddelen was voldaan. Het EHRM oordeelde art. 6 EVRM echter geschonden. Art. 6 lid 3 sub a wijst op ‘the need for special attention to be paid

to the notification of the 'accusation' to the defendant. (...) Article 6 par. 3 (a) of the Convention affords the defendant the right to be informed not only of the cause of the accusation, that is to say the acts he is alleged to have committed and on which the accusation is based, but also the legal characterisation given to those acts.' Specifieke eisen aan de vorm van de informatie worden niet gesteld; de subparagrafen a en b van het derde lid hangen met elkaar samen: 'the right to be informed of the nature and cause of the accusation must be considered in the light of the accused's right to prepare his defence.' In deze zaak stelt het EHRM vast dat de inbeschuldigingstelling in 1990 enkel repte van bankbreuk. In een eerder stadium van het vooronderzoek (1986) was wel gesproken over medeplichtigheid, maar de onderzoeksrechter had zich gericht op het plegen van bankbreuk. Dat was ook het enige waar bij het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg over gesproken was. In het door het OM ingestelde hoger beroep werd evenmin over een beschuldiging van medeplichtigheid gesproken. Niet kan worden vastgesteld dat de opmerkingen van de benadeelde partij aan de verdachten zijn overgebracht. Ter terechtzitting had de benadeelde partij wel over de mogelijkheid van veroordeling wegens medeplichtigheid aan bankbreuk gesproken, maar noch de rechter noch het OM was daar op ingegaan. Het EHRM stelt verder vast dat een veroordeling wegens medeplichtigheid specifieke vaststellingen vereist: er moet een nader omschreven gedraging zijn verricht, en het opzet op medeplichtigheid moet worden vastgesteld. In dat licht vindt het EHRM het 'plausible' dat een verdediging gericht op een beschuldiging van medeplichtigheid andere elementen had bevat. De rechter in hoger beroep 'should have afforded the applicants the possibility of exercising their defence rights on that issue in a practical and effective manner and, in particular, in good time.'

Doorslaggevend zijn voor het EHRM de verdedigingsrechten: heeft de informatie die de verdachte over de beschuldiging heeft gekregen, hem in staat gesteld zich te verdedigen tegen de feiten waar hij voor veroordeeld is. Dat kan er toe leiden dat een zwaardere kwalificatie en een daarop gebaseerde strafverzwaring tot meer dan het drievoudige in cassatie door de beugel kan, zo blijkt uit 'De Salvador Torres v. Spain.' Maar het kan er ook toe leiden dat bij een veroordeling wegens een minder ernstig delict dan in de beschuldiging centraal stond de verdedigingsrechten geschonden zijn, zo blijkt uit 'Pélissier and Sassi v. France'.

In de laatstgenoemde zaak speelde de Franse regeling van daderschap en deelneming een rol in de afwegingen van het EHRM. Omdat een veroordeling wegens medeplichtigheid specifieke vaststellingen vereist, moet de verdediging zich daarop kunnen richten. Waar de verhouding tussen plegen en medeplichtigheid anders is vormgegeven, zou het oordeel zo gezien anders kunnen uitvallen. Een zaak waar het oordeel anders uitvalt is EHRM 12 April 2007, Laaksonen v. Finland, appl. no. 70216/01.

In deze zaak was het plegen van 'debtor dishonesty' tenlastegelegd. In appel werd de verdachte veroordeeld wegens medeplichtigheid aan dit delict. De verdachte 'did not, in the Court of Appeal's view, hold a significant enough position of power in ICC/Cedro Oy to be convicted as a principal offender. As he had furthered the act of R. and K., he was guilty of having aided and abetted that act.' In deze zaak valt de afweging echter anders uit dan in 'Pélissier and Sassi v. France': 'The Court reiterates that the right to be informed of the nature and the cause of the accusation must be considered in the light of the accused's right to prepare his defence (...). Regarding this question in the present case, the Court finds that the description of the factual situation described in the indictment did not change during the proceedings. Neither was there any modification of the timing of the commission of the offence. When the Court of Appeal found that the elements of aiding and abetting were established instead of those concerning the principal offence, it did not find the applicant guilty of any act which had not been described in the indictment characterising

him as a principal offender. It only assessed the applicant's role, the elements of which had been contained in the indictment, in a manner different from the prosecutor. As noted in the previous paragraph, this was possible at the material time.' Overigens wordt op andere gronden wel een schending aangenomen.

Uit deze zaak blijkt dat art. 6 EVRM zich er niet per definitie tegen verzet dat veroordeeld wordt voor een vorm van deelneming die niet expliciet in de tenlastelegging opgenomen is. De omstandigheden van het geval bepalen of de informatie die de verdachte over de beschuldiging heeft gekregen, hem in staat heeft gesteld zich te verdedigen tegen de feiten waar hij voor veroordeeld is. Dat laat ruimte voor verschillende processuele stelsels, waarin de binding van de rechter aan de tenlastelegging meer of minder sterk is.

In Nederland wordt gewerkt met een grondslagstelsel dat, zo zal nog blijken, een betrekkelijk sterke binding van de rechter aan de tenlastelegging impliceert.

4.2 Een opgave van plaats, feit en tijd

In ons land zijn de eisen die de wet stelt aan de in de tenlastelegging op te nemen omschrijving van het feit te vinden in art. 261 Sv: '(1) De dagvaarding behelst een opgave van het feit dat ten laste wordt gelegd, met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn; verder vermeldt zij de wettelijke voorschriften waarbij het feit is strafbaar gesteld. (2) Zij behelst tevens de vermelding van de omstandigheden waaronder het feit zou zijn begaan.'

Deze opgave van het feit moet voldoende concreet zijn. De rechter en de procespartijen moeten weten om welk feit het gaat; het aan de verdachte gemaakte verwijt moet voldoende duidelijk en precies omschreven zijn. Dat geldt ook in het geval de verdachte een vorm van deelneming verweten wordt.

Bij doen plegen leidt dat uitgangspunt ertoe dat de tenlastelegging duidelijk moet maken dat het om deze deelnemingsfiguur gaat. Daartoe wordt gewoonlijk het woord 'doen' vermeld, in samenhang met de gedraging die in de betreffende delictsomschrijving centraal staat. Dat betekent echter niet dat elke tenlastelegging waarin de verdachte verweten wordt dat hij een ander iets heeft doen verrichten, als een tenlastelegging van doen plegen moet worden opgevat. Een dergelijke tenlastelegging kan ook als een tenlastelegging van (functioneel) plegen gelezen worden. Die interpretatiemogelijkheid kan door bijzondere omstandigheden evenwel worden afgesneden, bijvoorbeeld als nadrukkelijk ten laste is gelegd dat de uitvoerder strafrechtelijk niet aansprakelijk was. Ter illustratie kan worden gewezen op HR 11 mei 2004, LJN AO5030 en HR 9 februari 2010, LJN BK0688.

In het eerste arrest was ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat hij een aanvraag om een vergunning tot verblijf valselijk heeft opgemaakt door in strijd met de waarheid in die aanvraag te doen opnemen dat hij de Iraakse nationaliteit bezat, met het oogmerk om dat geschrift als echt en onvervalst te gebruiken. Blijkens de gebezigde bewijsmiddelen was in de aanvraag in strijd met de waarheid vermeld dat de verdachte de Iraakse nationaliteit bezat en heeft de verdachte deze aanvraag ondertekend. Het middel meent dat deze bewezenverklaring het doen plegen van valsheid in geschrift oplevert. Maar de Hoge Raad vindt die opvatting onjuist: gelet op de door het Hof aan deze bewezenverklaring gegeven kwalificatie 'heeft het Hof de op de grondslag van de tenlastelegging bewezenverklaarde woorden 'doen opnemen' kennelijk en niet onbegrijpelijk in die

zin verstaan dat daarmee slechts een feitelijke beschrijving wordt gegeven van de - hiervoor (...) aangeduide - wijze waarop de verdachte de desbetreffende valsheid in geschrift heeft gepleegd.’

In het tweede arrest was ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat hij feitelijke leiding had gegeven aan verboden gedragingen van een rechtspersoon. Die behelsden onder meer het ‘opzettelijk de (strafrechtelijk niet aansprakelijke) douane expediteurs’ een vereiste goederenaangifte telkens onjuist of onvolledig doen doen. Dat is gekwalificeerd als doen plegen. Het middel keert zich tegen de bewezenverklaring met de klacht dat het Hof niet heeft vastgesteld dat de uitvoerders straffeloos waren. Die klacht slaagt. Voor alle duidelijkheid: in deze zaak is door de Hoge Raad niets gezegd over mogelijkheden om de tenlastelegging anders uit te leggen dan als een tenlastelegging van doen plegen. Zij illustreert slechts dat er gevallen zijn waarin een dergelijke uitleg de grenzen van de begrijpelijkheid vermoedelijk nog steeds te buiten zou gaan.

Medeplegen wordt gewoonlijk tenlastegelegd met de formulering ‘tezamen en in vereniging met een ander of anderen’. Die woorden hebben niet enkel kwalificatieve betekenis, maar vormen een feitelijke omschrijving van het begrip medeplegen (HR 28 oktober 2008, LJN BE9603). In de tenlastelegging wordt vervolgens een beschrijving gegeven van het strafbare feit. Daarbij hoeft niet gespecificeerd te worden welke gedragingen door welke medepleger gepleegd zijn, zo volgt bijvoorbeeld uit HR 6 juli 2004, NJ 2004, 443.⁶⁵ Een illustratie is te vinden in het eerder besproken HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 m.nt. ThWvV (Containerdiefstal).

Ten laste van verdachte is, zo bleek eerder, onder meer bewezenverklaard dat hij tezamen en in vereniging met een ander drie keer met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening heeft weggenomen een oplegger met container met inhoud. De concrete bijdrage die deze verdachte daaraan heeft geleverd blijkt uit de bewijsmiddelen, niet uit de tenlastelegging en bewezenverklaring.

Bij uitlokking brengt de eis dat het feit in de tenlastelegging concreet omschreven moet worden mee dat het uitlokkingsmiddel moet worden gespecificeerd. Verder worden bij uitlokking, een vorm van indirecte deelneming, gewoonlijk niet alleen tijd en plaats van het uitgelokte strafbare feit, maar ook tijd en plaats van het uitlokken in de tenlastelegging vermeld. Dat kan worden geïllustreerd met het eerder genoemde HR 27 februari 2001, NJ 2001, 308.

In deze zaak was het medeplegen van uitlokken van zware mishandeling de dood ten gevolge hebbend ten laste gelegd. Die zware mishandeling had op 10 december 1997 plaatsgevonden. De tenlastelegging van het (medeplegen van) uitlokking gaf aan dat verdachte de pleger omstreeks de periode 1 tot en met 10 december 1997 ‘opzettelijk heeft uitgelokt door het verschaffen van gelegenheid en inlichtingen’. En in de tenlastelegging was ook uitgewerkt waarin dit verschaffen van gelegenheid en inlichtingen bestond. Aan de uitgelokte was medegedeeld dat hij, verdachte, zijn mededader en anderen door het slachtoffer meermalen waren bedreigd. En zij hadden de hulp

⁶⁵ De Hoge Raad overweegt: ‘Anders dan in de toelichting op het middel nog wordt betoogd behoeft in een bewezenverklaring naar aanleiding van een op medeplegen toegespitste tenlastelegging, waarin is gesteld dat de verdachte tezamen en in vereniging met een ander of anderen het feit heeft gepleegd, niet te worden vermeld of en zo ja welke feitelijke handelingen de verdachte zelf dan wel zijn mededader of mededaders hebben verricht.’

ingeroeppen van de uitgelokte en anderen teneinde het slachtoffer te laten stoppen met het uiten van bedreigingen.

Ook voor medeplichtigheid geldt, dat in de tenlastelegging moet worden omschreven welke vorm van medeplichtigheid aan de verdachte verweten wordt, en dat de medeplichtigheidsgedraging moet worden geconcretiseerd. Zeker bij voorbereidende medeplichtigheid wordt gewoonlijk ook de eigen plaats en tijd van deze gedraging vermeld, die overigens gelijk kan zijn aan de tijd en plaats van het grondfeit.⁶⁶ Een voorbeeld kan worden ontleend aan HR 15 februari 2005, LJN AS1786.

Aan verdachte was ten laste gelegd, kort gezegd, medeplichtigheid aan diefstal met geweld of bedreiging met geweld gepleegd door twee of meer verenigde personen. Die diefstal bestond uit het wegnemen van een waardekoffer van Geldnet B.V.. De verdachte had daartoe opzettelijk gelegenheid en middelen verschaft door toen en daar opzettelijk aan de plegers een motorscooter van het merk Italjet, type Formula 125 uit te lenen en na het plegen van het feit op een vooraf afgesproken plaats en tijdstip die scooter van hen over te nemen.

Voor de feitelijk leidinggever ten slotte geldt een wat afwijkend regime. In de tenlastelegging hoeft niet te worden uitgewerkt in welke gedragingen het feitelijk leidinggeven heeft bestaan. En feitelijke leiding geven heeft ook geen eigen tijd en plaats. Beide aspecten kunnen een verklaring vinden in de omstandigheid dat de grondslag voor aansprakelijkheid hier niet zozeer in een concrete bijdrage aan het strafbare feit bestaat, als wel in een op positie en wetenschap berustende verantwoordelijkheid voor het plaatsvinden van dat feit. Maar voor de opdrachtgever, waarbij wel een gedraging valt aan te wijzen die als de grondslag van deze vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gezien, geldt hetzelfde. Bij wijze van illustratie kan worden gewezen op de tenlastelegging in HR 12 januari 2010, LJN BK2149.

Daarin waren, zoals gebruikelijk, eerst verboden gedragingen van (in dit geval twee) rechtspersonen omschreven, waarna de tenlastelegging vervolgde met: ‘tot welke feit(en) hij, verdachte, tezamen en in vereniging met een of meer anderen, althans alleen, opdracht heeft gegeven en/of aan welke verboden gedraging(en) hij, verdachte, tezamen en in vereniging met een of meer anderen, althans alleen, feitelijke leiding heeft gegeven.’

Zoals uit dit voorbeeld blijkt, wordt ook wel het medeplegen van feitelijke leiding geven ten laste gelegd. Strikt genomen komt dit niet noodzakelijk voor, en past het misschien zelfs wel niet goed bij deze vorm van aansprakelijkheid.⁶⁷

4.3 *Op grondslag van de tenlastelegging*

De artt. 348 en 350 Sv schrijven voor dat de rechtbank ‘op den grondslag der telastlegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting’ de formele en materiële vragen beantwoordt. Die formulering impliceert dat de rechter bij het

⁶⁶ Niet duidelijk is overigens of dat een harde eis is. In de sfeer van de rechtsmacht is wel aangenomen dat medeplichtigheidsgedragingen ook zijn gepleegd ‘waar het misdrijf werd gepleegd’ (HR 18 februari 1997, NJ 1997, 628).

⁶⁷ Vgl. HR 16 juni 1981, NJ 1981, 586.

beantwoorden van deze vragen in zekere mate aan de inhoud van de tenlastelegging gebonden is. De noodzaak van een zekere binding vloeit, zo zagen wij, ook uit art. 6 EVRM voort. Maar in Nederland is de rechter bij de bewijsvraag en de kwalificatievraag sterker aan de tenlastelegging gebonden dan gelet op de rechtspraak van het EHRM vereist is.

Uit de voorschriften van de artt. 348 en 350 Sv wordt namelijk afgeleid dat de rechter niet iets wezenlijk anders bewezen kan verklaren dan ten laste is gelegd. Zo mag hij geen passages in de tenlastelegging uitstrepen of verbeteren als hij daardoor tot een bewezenverklaring zou komen die een wezenlijk ander strafrechtelijk verwijt behelst dan de tenlastelegging. En de rechter mag evenmin passages in de tenlastelegging uitstrepen of verbeteren als de bewezenverklaring daardoor een wezenlijk andere feitelijke toedracht gaat inhouden. Een voorbeeld van een bewezenverklaring die een wezenlijk ander strafrechtelijk verwijt was gaan inhouden is te vinden in HR 31 mei 2005, LJN AT2708, NJ 2005, 417. Een voorbeeld van een bewezenverklaring die een andere feitelijke toedracht betrof is te vinden in HR 26 juni 2001, LJN ZD2794.

In het eerstgenoemde arrest was aan de verdachte ten laste gelegd dat hij ‘als degene van wie ingevolge artikel 164 van de Wegenverkeerswet 1994 de overgifte van een op zijn naam gesteld rijbewijs was gevorderd en/of als degene van wie zijn rijbewijs was ingevorderd en aan wie dat bewijs niet was teruggegeven, op de weg, de Nieuweweg, een motorrijtuig, (personenauto), van de categorie of categorieën waarvoor dat rijbewijs was afgegeven, heeft bestuurd.’ Die tenlastelegging was toegesneden op art. 9 lid 7 WVV 1994. Bewezenverklaard werd dat verdachte ‘als degene van wie zijn rijbewijs was ingevorderd en aan wie dat bewijs niet was teruggegeven, op de weg, de Nieuweweg, een motorrijtuig, (personenauto), van de categorie of categorieën, waarvoor dat rijbewijs was afgegeven, heeft bestuurd.’ Dat werd gekwalificeerd als overtreding van art. 9 lid 4 WVV 1994. Dat kon naar het oordeel van de Hoge Raad niet door de beugel: ‘De wetgever heeft voor wat betreft het verbod om een motorrijtuig te besturen of te doen besturen na een vordering tot overgifte van het rijbewijs dan wel gedurende de tijd dat het rijbewijs is ingevorderd en nog niet is teruggegeven, in de leden 4 en 7 van art. 9, in verbinding met art. 176, derde lid, WVV 1994 voorzien in twee onderscheiden strafbaarstellingen, al naar gelang de (in)vordering plaatsvond op de voet van art. 130 WVV 1994 dan wel op de voet van art. 164 van die Wet. Daarbij is de desbetreffende wettelijke grondslag van de (in)vordering telkens als bestanddeel van de delictsomschrijving opgenomen. Dat brengt voor wat het onderhavige geval betreft mee dat het Hof door het onder 2 tenlastegelegde bewezen te verklaren met weglating van de tenlastegelegde omstandigheid dat de invordering was gebaseerd op art. 164 WVV 1994, de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten.’

In HR 26 juni 2001, LJN ZD2794 was aan de verdachte ten laste gelegd het plegen van oplichting. Hij zou zich in strijd met de waarheid hebben voorgedaan als de rechtmatige eigenaar van een Audi, en deze auto te koop hebben aangeboden en verkocht. Namens de verdachte werd ter terechtzitting aangevoerd dat de verdachte zich had voorgedaan als de broer van de rechtmatige eigenaar, en dat werd vervolgens door het Hof bewezen verklaard. De Hoge Raad meende evenwel dat het Hof daarmee ‘de feitelijke grondslag van de tenlastelegging wezenlijk veranderd (had) en aldus de grondslag van de tenlastelegging, waarvan door de Advocaat-generaal ter terechtzitting van het Hof geen wijziging is gevorderd, (had) verlaten.’

Voorts mag de rechter (behoudens bij kennelijke misslagen) geen onderdelen in de bewezenverklaring opnemen die in de tenlastelegging ontbreken teneinde kwalificatie

mogelijk te maken. Dat is door de Hoge Raad herbevestigd in HR 27 juni 1995, NJ 1996, 126 (Amsterdams experiment I).

Aan verdachte was ten laste gelegd: Hij heeft op 8 juli 1993 in Weesp de ruiten van de voordeur van E.P.J. Buitendijk vernield. (Het feit is strafbaar gesteld bij art. 350 WvSr). Het Hof had bewezen verklaard 'dat hij op 8 juli 1993 in Weesp opzettelijk en wederrechtelijk ruiten van de voordeur van E.P.J. Buitendijk heeft vernield.' En het Hof heeft dat vervolgens gekwalificeerd als 'Opzettelijk en wederrechtelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort vernielen.' Het middel meent dat de dagvaarding nietig is. Daar denkt de Hoge Raad anders over: 'De aan het middel ten grondslag liggende stelling dat de enkele omstandigheid dat in een telastelegging niet alle bestanddelen van een delictsomschrijving tot uitdrukking zijn gebracht, nietigheid van de dagvaarding meebrengt, vindt geen steun in het recht.' Toch blijft het arrest niet in stand: de Hoge Raad meent dat het Hof bij de bewezenverklaring de grondslag van de telastelegging heeft verlaten. Die telastelegging is volgens de Hoge Raad 'kennelijk toegesneden op art. 350 Sr. Ingevolge die bepaling is vernieling slechts strafbaar indien deze opzettelijk en wederrechtelijk is geschied. Naar algemeen spraakgebruik kan vernieling ook anders dan opzettelijk en wederrechtelijk geschieden. In die zin is, gelet op de context, ook de term 'verniet' in art. 350 Sr gebezigd. In de telastelegging, waarin bedoelde term kennelijk in overeenkomstige zin is gebezigd, ontbreken de termen 'opzettelijk' en 'wederrechtelijk' of een nadere omschrijving daarvan. Het Hof is er niet van uitgegaan dat zulks op een kennelijke misslag berustte. Gelet hierop heeft het Hof door bewezen te verklaren dat de verdachte de telastegelegde vernieling 'opzettelijk' en 'wederrechtelijk' heeft verricht, de grondslag van de telastelegging verlaten. Anders dan het Hof heeft overwogen staat het de rechter niet vrij om, gegeven het feit dat de telastelegging geen omschrijving bevat van een bepaald bestanddeel van het delict waarop de telastelegging is toegesneden (..) een zodanig bestanddeel indien dat bewezen wordt geacht in de bewezenverklaring op te nemen.'

Sluitstuk van deze binding aan de telastelegging is, dat kwalificatie onder een delictsomschrijving niet mogelijk is als de bewezenverklaring niet alle bestanddelen van deze delictsomschrijving omvat.

Deze binding aan de telastelegging brengt op het terrein van daderschap en deelneming met zich mee, dat de rechter gebonden is aan de telastegelegde deelnemingsvorm(en). Hij mag op basis van een telastelegging die is toegespitst op de ene deelnemingsfiguur niet tot een bewezenverklaring komen die in een andere vorm van deelneming bestaat. En hij mag een bewezenverklaring die op de ene deelnemingsfiguur ziet, niet onder een andere vorm van daderschap en deelneming kwalificeren. Dat kan met een aantal voorbeelden worden geïllustreerd.

In HR 9 februari 2010, LJN BK0688 was, zo bleek, ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat hij feitelijke leiding had gegeven aan verboden gedragingen van twee rechtspersonen. Die behelsden onder meer het 'opzettelijk de (strafrechtelijk niet aansprakelijke) douane expeditieuren' een vereiste goederenaangifte telkens onjuist of onvolledig doen doen. Dat is gekwalificeerd als doen plegen. Het middel keert zich tegen de bewezenverklaring met de klacht dat het Hof niet heeft vastgesteld dat de uitvoerders straffeloos waren. Die klacht slaagt. Uitgezocht zal alsnog moeten worden of de uitvoerders straffeloos waren. Als dat niet het geval zou zijn, lijkt het niet goed mogelijk om op basis van deze telastelegging die blijkens de uitdrukkelijke vermelding van het niet strafrechtelijk aansprakelijk zijn van de douane expeditieuren op doen plegen is toegespitst, tot een bewezenverklaring van en kwalificatie als (functioneel) plegen te komen.

In HR 26 oktober 2004, LJN AR2187, NJ 2004, 682 had het Hof het medeplegen van doodslag bewezen verklaard. Daarbij heeft het Hof onder meer in aanmerking genomen: 'De verdachte heeft

het initiatief genomen tot de ontmoeting met het latere slachtoffer, met wie hij al langere tijd in onmin leefde. Het was de verdachte die zich op de dag van de schietpartij beledigd voelde door een tegenover een derde gemaakte opmerking van het slachtoffer over de moeder van de verdachte.' Voorts wist de verdachte dat een medeverdachte 'ten tijde van de afgesproken ontmoeting bewapend was met een vuurwapen en dat deze medeverdachte reeds eerder - zij het met een ander wapen - bij een ruzie in een discotheek had geschoten.' De Hoge Raad meent evenwel dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid 'dat de verdachte medepleger is van het bewezenverklarde feit, nu uit die bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat er tussen de verdachte, die geen uitvoeringshandeling heeft verricht, en [deze medeverdachte] sprake was van een zodanig nauwe en volledige samenwerking, gericht op het door laatstgenoemde jegens [het slachtoffer] uitgeoefende geweld dat van medeplegen kan worden gesproken.' Het arrangeren van de ontmoeting met de medeverdachte had ook als medeplichtigheid in de vorm van gelegenheid verschaffen tot ten laste kunnen worden gelegd. Een bewezenverklaring en kwalificatie van dit gedrag als medeplichtigheid kan echter niet op een tenlastelegging van medeplegen worden gebaseerd.

Het belang dat de Hoge Raad hecht aan specificaties in de tenlastelegging op het punt van daderschap en deelneming brengt ook mee dat hij een keuze voor een bepaalde deelnemingsfiguur in de bewezenverklaring niet gauw als een misslag lijkt aan te willen merken die hij zelf kan herstellen. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van HR 12 januari 2010, BK0972.

Bewezenverklaard was dat verdachte 'tezamen en in vereniging met een ander opzettelijk hennep, althans enige gebruikelijke bereiding waaraan de hars die uit hennep wordt getrokken ten grondslag ligt, aanwezig heeft gehad.' Uit de bewijsmiddelen bleek evenwel niet van een nauwe en bewuste samenwerking. Daaruit bleek dat de marihuana was aangetroffen in een pand waar verdachte samenwoonde met de medeverdachte, maar dat de marihuana volgens de verdachte van hem was. AG Knigge stelt vast dat het opzettelijk aanwezig hebben van hennep niet met een zwaardere straf wordt bedreigd indien er sprake is van medeplegen. En uit het arrest blijkt volgens hem evenmin dat het Hof bij de bepaling van de op te leggen straf rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat verdachte de drugs tezamen en in vereniging met een ander in huis had. Tegen die achtergrond heeft de verdachte naar zijn mening geen rechtens te respecteren belang bij de in dit middel opgeworpen klacht. Het bewezenverklarde medeplegen zou volgens Knigge eventueel als een misslag kunnen worden aangemerkt die zich voor herstel in cassatie leent. Maar de Hoge Raad denkt daar anders over: 'Aangezien deze bewezenverklaring, voor zover behelzende dat het feit 'tezamen en in vereniging met een ander' is gepleegd, niet zonder meer kan worden afgeleid uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen, is de uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Het middel is derhalve terecht voorgesteld.'

Wel zijn er voor de rechter mogelijkheden om door middel van interpretatie ook bij een minder gelukkige tenlastelegging tot een het rechtsgevoel bevredigende uitkomst te komen. Het hangt echter in belangrijke mate van de feitenrechter af of hij daar gebruik van maakt. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van twee arresten in de sfeer van de medeplichtigheid.

Zowel in HR 14 oktober 1975, NJ 1976, 149 als in HR 20 februari 1979, NJ 1979, 313 was (onder meer) ten laste gelegd dat de verdachte als medeplichtige 'behulpzaam' was geweest (door te zorgen voor vervoer naar de plaats van het misdrijf respectievelijk inlichtingen te verstrekken). In de eerste zaak werd in cassatie aangevoerd dat het Hof de dagvaarding ten onrechte niet nietig had verklaard, nu de tenlastelegging de verschillende medeplichtigheidsvormen door elkaar haalde en dus

innerlijk tegenstrijdig was. De Hoge Raad dacht daar anders over, omdat ‘de enkele omstandigheid dat in een telastelegging bewoordingen zijn gebruikt die ook de inhoud vormen van een wettelijke bepaling niet steeds dwingt tot de gevolgtrekking dat die bewoordingen slechts als verwijzende naar die wettelijke bepaling en niet als onderdeel van een feitelijke omschrijving mogen worden verstaan; dat zulks met name geldt voor het geval waarin een zodanig verstaan tot gevolg zou hebben dat de overige bewoordingen van de telastelegging met de eerstbedoelde onverenigbaar zijn’. In het tweede arrest was de dagvaarding wel nietig verklaard. Het Hof had in zijn motivering aangegeven de in de tenlastelegging gebezigde medeplichtigheidstermen op te vatten als ‘te zijn gebezigd in dezelfde zin als daaraan in art. 48 (...) is toegekend’. De Hoge Raad vond dat het Hof aldus aan de tenlastelegging een met haar bewoordingen niet onverenigbare en in cassatie derhalve te eerbiedigen uitleg had gegeven.

Tegen deze achtergrond is het goed te begrijpen als er in tenlasteleggingen naar wordt gestreefd alle in aanmerking komende vormen van daderschap en deelneming in de vorm van alternatieve of subsidiaire tenlasteleggingen te verwerken.

Hoofdstuk 3 - Daderschap en deelneming in Oostenrijk; een ‘Einheitstätersystem’

1 *Inleiding*

Op de vraag wie dader is van een strafbaar feit, is het klassieke antwoord eenvoudig: hij die zelfstandig alle bestanddelen van een delictsomschrijving vervult.⁶⁸ Moeilijkheden ontstaan wanneer het strafbare feit wordt bewerkstelligd door meerdere personen, waarbij één of meer niet zelfstandig alle bestanddelen hebben vervuld. Zijn deze laatstgenoemden dader? Zo niet, zijn zij toch strafbaar? Indien zij strafbaar zijn, welke voorwaarden, kwalificaties en sanctiekaders passen daarbij? De wijze waarop landen deze vragen beantwoorden, karakteriseert hun strafrechtelijk systeem.

In veel landen geldt een dualistisch systeem; een systeem dat onderscheid maakt tussen daderschap en deelneming (hierna ook: deelnemingssysteem). Het Nederlandse systeem wordt als zodanig getypeerd en is in het vorige hoofdstuk behandeld. Ook de regelingen in onder meer België, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Spanje en Zwitserland gelden in beginsel als deelnemingssystemen.⁶⁹ In een deelnemingssysteem wordt gedifferentieerd tussen plegers enerzijds en bijvoorbeeld uitlokkers en medeplichtigen anderzijds, en heeft elke vorm een aparte strafrechtelijke kwalificatie. In veel nationale regelingen heeft dit geleid tot complexe onderscheidingen.

In dit hoofdstuk staat de van typische deelnemingssystemen afwijkende regeling in Oostenrijk centraal. Het Oostenrijkse systeem wordt betiteld als ‘Einheitstätersystem’. In paragraaf 3 e.v. zal het geldende recht wordt besproken. Nu wordt eerst ingegaan op de strekking van het begrip ‘Einheitstätersystem’.

2 *Het ‘Einheitstätersystem’*

2.1 *De idee van het ‘Einheitstätersystem’*

Zowel de complexiteit van deelnemingssystemen als het problematiseren ervan, is verre van nieuw. Kort na de oprichting van de befaamde ‘Internationale Kriminalistische Vereinigung’ (IKV) in 1889, werd in dat verband al geageerd tegen de toen geldende deelnemingssystemen. Het voornaamste bezwaar was hierin gelegen, dat noch de theorie, noch de praktijk heldere onderscheidingen had weten aan te brengen en dat mitsdien telkens onnodig veel aandacht uitging naar de dogmatische vraag onder welke daderschaps- of deelnemingsvorm de verdachte precies zou moeten vallen. In de ogen van de IKV raakte daarmee de meest wezenlijke vraag ondergesneeuwd: welke straf is voor de verdachte de meest geëigende?⁷⁰ Medeoprichter Von Liszt verwoordde de problemen als volgt:

⁶⁸ Vgl. Kienapfel & Höpfel 2009, p. 204.

⁶⁹ Engert 2005, p. 19.

⁷⁰ Ook volgens Kienapfel hoort bij het deelnemingssysteem een ‘Stiefmütterliche Behandlung der Strafzumessung’; Kienapfel & Höpfel 2009, p. 213.

‘Die klassische Richtung legte das Schwergewicht auf subtile Begriffsunterschiede, die meist in der Theorie ebenso wertlos als in der Praxis unverwendbar sind. Mittäterschaft und Beihilfe z.B. zwei Begriffe, deren Unterscheidung bis heute nicht gelungen ist, die aber auf Schritt und Tritt Schwierigkeiten bereiten. Fragen wie: “Hat diese Unterscheidung einen Praktischen Wert?”, so muß ich dies entscheiden verneinen. Selbst mit Bezug auf die Strafzumessung ist sie nicht notwendig.’⁷¹

Binnen de IKV werden verschillende oplossingen voorgesteld.⁷² Hoewel die onderling verschillen vertoonden, kwamen de grondgedachten overeen. Ten eerste deelde men de overtuiging dat alle gedragingen die bijdragen aan de totstandkoming van een delict, voor dat delict een noodzakelijke voorwaarde zijn. En door die gedeelde causaliteit zijn alle bijdragen - die van zowel de dader als de deelnemers - op dat punt gelijkwaardig. Hierdoor ontstaat ruimte voor een individuele aansprakelijkstelling voor de gevolgen in relatie tot de eigen bijdrage. Ten tweede was voor de betrokkenen duidelijk dat die individuele aansprakelijkstelling kan plaatsvinden zónder gebruik te maken van complexe onderscheidingen zoals die van het deelnemingssysteem. Aldus werd beoogd de strafrechtelijke aansprakelijkheid los te maken van de ‘begrippendoctrine’ in het deelnemingssysteem, en meer aandacht te schenken aan de ‘materiële rechtvaardigheid’.⁷³

Uiteindelijk ontstonden twee stromingen binnen de IKV: de radicale richting, waartoe ook Franz von Liszt behoorde, en de gematigde richting. De radicale richting wees elk begripsmatig onderscheid tussen de bijdragen af en beschouwde als ‘dader’ iedereen die had meegewerkt aan het delictuele gebeuren. De gematigde richting wilde in beginsel wel daderschapsvormen onderscheiden, maar hechtte daaraan geen doorslaggevende betekenis.⁷⁴

Een gedetailleerde beschrijving van de ontwikkeling in de ideeën en invloed van de IKV op dit punt, valt buiten het kader van deze studie. Belangrijk is wel te benoemen dat de invloed aanzienlijk is geweest. Allereerst is die gelegen in de theorievorming. In vooromschreven gedachtegoed ligt een nieuw systeem besloten dat wordt aangeduid als het ‘Einheitstätersystem’ (hierna ook: eenheidsdadersysteem). Over dat systeem is sindsdien veel geschreven. Dadelijk wordt ingegaan op het deelnemingssysteem en het eenheidsdadersysteem in abstracto, en de verschillen daartussen. De invloed van de IKV is voorts ook van praktische aard geweest. De receptie van het eenheidsdadersysteem in onder meer Noorwegen, Denemarken, Zweden, Italië en Oostenrijk is terug te voeren op de IKV en haar exponenten.⁷⁵

2.2 De paradigma’s ‘Teilnahmesystem’ en ‘Einheitstätersystem’

Sinds de formulering van het eenheidsdadersysteem als antwoord op het deelnemingssysteem, worden beide systemen in de literatuur als begrippenpaar uiteengezet. Deze uiteenzettingen hebben vaak een hoge abstractiegraad, omdat het daarbij niet gaat om concrete rechtsstelsels. Het is dus goed mogelijk dat de wijze

⁷¹ Mitteilungen der IKV 1896, p. 514; zie Rotsch 2009, p. 19-20 en Van Toorenborg 1998, p. 256.

⁷² Zie daarover Rotsch 2009, p. 13-33.

⁷³ Kienapfel 1971, p. 15.

⁷⁴ Schöberl 2006, p. 43.

⁷⁵ Schöberl 2006, p. 37-56; Van Toorenborg 1998, p. 260-261.

waarop een systeem wordt gekenschetst, niet geheel overeenkomt met een nationale regeling die wel onder het betreffende systeem wordt gerangschikt. Het gaat om paradigma's, waarvan nu een korte beschrijving volgt.⁷⁶

Het paradigma van het deelnemingssysteem ('Teilnahmesystem') gaat uit van een restrictief daderschapsbegrip. Dader is hij die zelfstandig en onmiddellijk alle bestanddelen van een delictsomschrijving vervult. Denkbaar is echter dat iemand, hoewel hij niet zelfstandig alle bestanddelen vervult, aan die vervulling wezenlijk bijdraagt (zoals bijvoorbeeld de ons bekende uitlokker en medeplichtige). Omdat dit eveneens strafwaardig wordt geacht, wordt strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgebreid tot deze gevallen van bijdragen (deelnemen). Daarmee is de dualiteit gegeven. Het gaat om een 'daderschap en deelneming'-systeem, een systeem dat bestaat uit twee categorieën met elk een zelfstandig theoretisch fundament. Daderschap is de hoofdcategorie en deelneming is daarvan een afgeleide. De deelnemer is mede aansprakelijk voor het onrecht dat de dader veroorzaakt.⁷⁷ De gedraging van de deelnemer wordt dus strafrechtelijk gekoppeld aan de gedraging van de dader (de hoofddaad). De strafbaarheid van de deelnemer is van die hoofddaad afhankelijk. Hierin ligt de zogenoemde kwantitatieve accessoriteit van deelneming; er is alleen strafbare deelneming indien de dader een gedraging verricht die zelfstandig strafrechtelijk relevant is. Maar de afhankelijkheid van deelneming gaat verder. Zo kan voor strafbare deelneming worden geëist dat de hoofddaad wederrechtelijk is, en zelfs dat de hoofddaad ook opzettelijk en verwijtbaar is begaan. Deze aanvullende eisen vormen de kwalitatieve accessoriteit. Ook die hoort bij het deelnemingssysteem. In dit systeem komt op enigerlei wijze tot uitdrukking dat de strafbaarheid van de deelnemer afhangt van één of meer kwaliteiten (kenmerken) van de hoofddaad. Doen die kenmerken zich niet voor, dan blijft (ook) de deelneming straffeloos. Ten slotte is voor het deelnemingssysteem typerend dat voor de categorieën daderschap en deelneming afzonderlijke strafbedreigingen worden geformuleerd. Voor daderschap gelden principieel zwaardere strafmaxima dan voor deelneming. Dat vindt zijn oorzaak in de opvatting dat de hoofddaad aan de dader te wijten is en de deelnemers daaraan (slechts) als hulppersonen hebben bijgedragen.

Binnen het paradigma van het eenheidsdadersysteem ('Einheitstätersystem') geldt een daderschapsbegrip dat zowel extensief als exclusief is. Iedereen die aan de totstandkoming van het strafbare feit bijdraagt, is dader. Dit is bijgevolg een monistisch systeem. De vraag die bij deelneming centraal staat in verband met de kwalitatieve accessoriteit - wie is hoofddader? - doet in het eenheidsdadersysteem niet ter zake. De kwalitatieve accessoriteit wordt principieel afgewezen.⁷⁸ Voor alle daders geldt bovendien hetzelfde strafmaximum. Het eenheidsdadersysteem beoogt zich vrij te maken van al te dogmatische onderscheidingen en beperkende strafmaxima, opdat de reactie op de concrete bijdrage optimaal kan worden

⁷⁶ De typering is ontleend aan Kienapfel & Höpfel 2009, p. 201-213; Rotsch 2009, p. 131-150; Schöberl 2006, p. 37-65; Triffterer 1983, p. 33-47. Hoewel de typering breed worden gedragen, leggen sommige auteurs de accenten anders.

⁷⁷ Hamdorf 2002, p. 18; Kienapfel & Höpfel 2009, p. 206; Van Toorenburg 1998, p. 264-265.

⁷⁸ Vaak wordt alleen al uit het gegeven dat binnen een systeem de kwalitatieve accessoriteit wordt aangenomen of afgewezen, geconcludeerd dat sprake is van een deelnemingssysteem respectievelijk eenheidsdadersysteem. Zie Kienapfel & Höpfel 2009, p. 210.

geïndividualiseerd bij de straftoematingsvraag. Daarbij wordt enkel gelet op zelf veroorzaakt onrecht en de mate van eigen schuld.

Er kunnen twee soorten eenheidsdaderssystemen worden onderscheiden: het formele en het functionele. Het formele eenheidsdadersstelsel houdt zich strikt aan de vooromschreven uitgangspunten. Alle vormen waarin een strafbaar feit kan worden begaan - dat wil zeggen: alle vormen van bijdragen - vloeien samen als 'Wassertropfen auf einer Glasplatte'.⁷⁹ Dit komt overeen met de vooromschreven radicale richting, die Von Liszt voorstond. Hij stelde:

'Die ganze Anstiftung ist intellektuelle Täterschaft. Sobald das angenommen wird, schwindet der Gegensatz zwischen Anstiftung und Täterschaft. Anstiftung ist nur ein besonderer Fall der Täterschaft. Die ganze Unterscheidung zwischen Täterschaft, Beihilfe und Anstiftung kann, muß wegfallen (...)'⁸⁰

Dit houdt verband met zijn opvatting over strafrechtelijke causaliteit:

'Aus dem Begriff der Ursache folgt, daß jeder, der durch Setzen einer Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge an dessen Herbeiführung sich beteiligt, den Erfolg verursacht hat; daß da alle Bedingungen des Erfolges gleichwertig sind, zwischen den einzelnen an der Herbeiführung des Erfolges Beteiligten ein begrifflicher Unterschied nicht besteht; daß mithin nur ihre verschiedene Bestrafung innerhalb desselben Strafrahmens gerechtfertigt ist.'⁸¹

Het functionele eenheidsdadersstelsel is weliswaar ook monistisch, maar differentieert binnen het daderschapsbegrip (vgl. de 'gematigde richting' binnen de IKV). Er bestaan verschillende soorten daders, zoals de aanstonds te bespreken Oostenrijkse daderschapsvormen 'unmittelbarer Täter', 'Bestimmungstäter' en 'Beitragstäter'. Het belangrijke verschil met een deelnemingssysteem is dat het gaat om zuiver originele vormen van daderschap, waarvoor bovendien hetzelfde strafmaximum geldt. De daderschapsvormen drukken geen onderscheid in aansprakelijkstelling uit; zij zijn in wezen en waarde volstrekt gelijk. Het onderscheid dient het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder het 'Bestimmtheitsgebot'. In het functionele eenheidsdadersstelsel wordt preciezer dan in het formele eenheidsdadersstelsel aangegeven wie dader kan zijn. Daarmee wordt de reikwijdte van daderschap duidelijker én beperkter. Het functionele stelsel is zodoende de 'rechtstaatlichere Schwester des formalen Systems'.⁸² Tot de kenmerken van het functionele eenheidsdadersstelsel wordt ten slotte ook gerekend het bestaan van procesrechtelijke en sanctierechtelijke regelingen die de grondidee van het eenheidsdadersstelsel ondersteunen. Zo zal het procesrecht geen groot gewicht mogen toekennen aan de dadertype-kwalificatie van de verweten gedraging, omdat anders de problemen van de deelnemingsregeling nodeloos ook hier ontstaan. Daarnaast zal het sanctierecht de individualisering van de straf moeten toelaten. De mogelijkheid dient te bestaan de straf te verhogen of te verlagen, of zelfs van straf af te zien, indien de concrete bijdrage hiertoe aanleiding geeft.

⁷⁹ Nowakowski 1982, p. 125.

⁸⁰ Mitteilungen der IKV 1896, p. 515; zie hierover ook Rotsch 2009, p. 20 en Van Toorenburg 1998, p. 257.

⁸¹ Von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p. 204, geciteerd in Rotsch 2009, p. 43.

⁸² Kienapfel 1974, p. 120.

	Deelnemingssysteem (‘Teilnahmesystem’)	Eenheidsdadersysteem (‘Einheitstätersystem’)
algemene kenmerken	<ul style="list-style-type: none"> - strikt onderscheid tussen daderschap en deelneming - verschillende strafbedreiging voor daders (strenger) en deelnemers (milder) - zwaartepunt op dogmatische begripsvorming en onderscheidingen 	<ul style="list-style-type: none"> - afwijzing van het onderscheid tussen daderschap en deelneming - opwaardering van deelnemers tot daders - gelijke strafbedreiging voor allen die aan het strafbare feit meewerken als vertrekpunt - zwaartepunt op een gedifferentieerde straftoematingsregeling
dragend beginsel	<ul style="list-style-type: none"> - alleen de dader is verantwoordelijk voor zelf veroorzaakt onrecht en de eigen schuld; - deelnemers worden gestraft vanwege de bijdrage aan dat onrecht (accessoriteit van de deelneming) 	<ul style="list-style-type: none"> - iedere dader is verantwoordelijk voor zelf veroorzaakt onrecht en de eigen schuld
praktische uitwerking	<ul style="list-style-type: none"> - begripsmatige onderscheidingen van grote betekenis; elke daderschaps- en deelnemingsvorm dient van alle andere vormen te worden onderscheiden - verkeerde kwalificaties hebben zware processuele gevolgen 	<ul style="list-style-type: none"> - begripsmatige onderscheidingen van geringe betekenis - verkeerde kwalificaties hebben weinig tot geen processuele gevolgen

Tabel 2.1 Overzicht van de verschillen tussen het paradigma ‘deelnemingssysteem’ en het paradigma ‘eenheidsdadersysteem’⁸³

De verschillen tussen beide systemen zijn hierboven schematisch weergegeven (tabel 2.1).⁸⁴ Vanuit Nederlands oogpunt valt bij de typering van ‘het’ deelnemingssysteem direct op, dat ons nationale systeem daaraan niet helemaal voldoet. Sterker nog, men zou in art. 47 Sr zelfs het bewijs van een gedeeltelijk functioneel eenheidsdader-

⁸³ Gebaseerd op Kienapfel & Höpfel 2009, p. 213.

⁸⁴ Overigens kan men zich afvragen of de systemen hier niet te sterk worden gepolariseerd. Die polarisatie zou kunnen worden toegeschreven aan de auteurs waaraan het paradigma is ontleend; deze hebben een bijzondere (positieve) interesse in het eenheidsdadersysteem. Aan de functie van de paradigma’s in deze studie doen deze omstandigheden echter niet af.

systeem kunnen ontwaren. In dat artikel wordt verwoord dat ‘als daders’ worden gestraft zij die het feit plegen, doen plegen, medeplegen of uitlokken. De Hoge Raad ziet dit evenwel niet als gelijkwaardige daderschapstypen.⁸⁵ Wat hier ook van zij, het volgende is duidelijk. Bij de vergelijking van een concreet rechtsstelsel met de beide systeem-paradigma’s zal dat rechtsstelsel zelden aan één volledig beantwoorden. Vooral het paradigma ‘deelnemingssysteem’ is dermate strikt, dat van een rechtsstelsel dat wordt getypeerd als deelnemingssysteem, al snel kan worden gezegd dat het eerder een gemengd systeem betreft. Dat wil zeggen: het bezit kenmerken van beide paradigma’s.⁸⁶ De intrede van bijvoorbeeld het medeplegen-daderschap en het functioneel daderschap - ontwikkeling in veel landen met een deelnemingssysteem heeft plaatsgevonden - kan worden gezien als correctie op het restrictieve daderbegrip in het deelnemingssysteem en aldus als stap in de richting van het eenheidsdadersysteem.⁸⁷ De kwalificatie van een rechtsstelsel (als deelnemingssysteem of als eenheidsdadersysteem) zegt derhalve doorgaans alleen iets over het saldo van de kenmerken of over de belangrijkste kenmerken. Al met al komt het aan op het beschouwen van de verschillende kenmerken afzonderlijk.

2.3 *Het Oostenrijkse ‘Einheitstätersystem’*

Zojuist is beschreven dat het niet eenvoudig is een rechtsstelsel in één van de twee systemen te plaatsen, zonder daarbij ook bepaalde nuances aan te brengen. Dit wordt des te meer duidelijk wanneer men het Oostenrijkse recht beschouwt. Zoals zal blijken, heeft de wettelijke regeling in Oostenrijk ogenschijnlijk duidelijke trekken van een functioneel eenheidsdadersysteem. Toch is door de Oostenrijkers lang bediscussieerd welk systeem het land heeft.⁸⁸ Uiteindelijk heeft het ‘Oberster Gerichtshof’ (OGH) in 1993 uitdrukkelijk overwogen dat het Oostenrijkse stelsel inderdaad een functioneel eenheidsdadersysteem betreft.⁸⁹

De kern van het Oostenrijkse systeem wordt gevormd door § 12 öStGB. In het artikel worden de daderschapsvormen geformuleerd. Het luidt, inclusief opschrift:

‘§ 12 öStGB Behandlung aller Beteiligten als Täter

Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.’

⁸⁵ O.m. HR 21 april 1913, W 9501. Zie over de duiding van deze rechtspraak en over de mogelijke lezingen van art. 47 Sr: Van Toorenburg 1998, p. 45-49.

⁸⁶ Vgl. Hamdorf 2002, p. 25-56, die van ‘Mischsysteme’ spreekt.

⁸⁷ Vgl. Schöberl 2006, p. 38-40.

⁸⁸ Zie hieromtrent o.m. Engert 2005, p. 20-21; Kienapfel & Höpfel 2009, p. 215; Triffterer 1983; Schöberl 2006, p. 50-56.

⁸⁹ OGH 23.12.1993, 15 Os 165/93 (JBl 1994, 627; RZ 1994/68, p. 245). Zie daarover Kienapfel & Höpfel 2009, p. 215 en Van Toorenburg 1998, p. 270. Overigens overwoog het hof hier tevens uitdrukkelijk dat de kwalitatieve accessoriteit wordt afgewezen. Reeds daaruit zou een eenheidsdadersysteem kunnen worden afgeleid.

Op basis van § 12 öStGB worden drie daderschapsvormen onderscheiden:

- (1) ‘unmittelbarer Täter’;
- (2) ‘Bestimmungstäter’;
- (3) ‘Beitragstäter’.

In de daaropvolgende artikelen komt het systeem verder tot uiting. Er wordt bijvoorbeeld gesteld dat de bestraffing van elke dader plaatsvindt op grond van eigen schuld:

‘§ 13 öStGB Selbständige Strafbarkeit der Beteiligten

Waren an der Tat mehrere beteiligt, so ist jeder von ihnen nach seiner Schuld zu bestrafen.’

Vervolgens wordt beschreven hoe de strafbaarheid is geregeld van kwaliteitsdelicten met meerdere daders (§ 14 öStGB) alsook de strafbaarheid van de poging (§ 15 öStGB). In §§ 33 en 34 öStGB staat een groot aantal bijzondere strafverhogingsgronden en strafverlagingsgronden geformuleerd, waarvan enkele de daderschapsvormen direct raken. Ten slotte zijn enkele artikelen in het Oostenrijkse strafprocesrecht van belang, met name § 281 öStPO. Kort gezegd gaat het hier over het rechtsmiddelenbereik en de rechterlijke motiveringsplicht. Zoals hiervoor is gesteld, zal het procesrecht in een functioneel eenheidsdadersysteem geen groot gewicht mogen toekennen aan de dadertype-kwalificatie van de verweten gedraging, omdat anders de problemen van de deelnemingsregeling ook in dit systeem zullen ontstaan. In de rechtspraak is aan de genoemde artikelen een uitleg gegeven die inderdaad het functioneel eenheidsdadersysteem lijkt te ondersteunen.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op het Oostenrijkse positieve recht tegen de achtergrond van het eenheidsdadersysteem. Eerst zullen de daderschapsvormen worden behandeld (3). Vervolgens volgt een bespreking van de kwaliteitsdelicten (4), de strafbaarheid van poging (5), de strafbaarheid van rechtspersonen (6) en de genoemde strafverhogingsgronden en -verlagingsgronden (7). Ten slotte worden relevante gedeelten van het strafprocesrecht voor het voetlicht gebracht (8). De belangrijkste wetsartikelen worden zo nu en dan integraal weergegeven.

3 Daderschapsvormen

3.1 Inleiding

§ 12 öStGB formuleert de verschillende daderschapsvormen. De bepaling wordt nogmaals weergegeven:

‘Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.’

De wet onderscheidt dus tussen (1) ‘unmittelbarer Täter’, (2) daders die een ander tot het strafbare feit ‘bestimmen’ en (3) daders die anderszins tot de uitvoering van het strafbare feit ‘beitragen’. De laatste twee daderschapsvormen worden in het vervolg aangeduid als ‘Bestimmungstäter’ en ‘Beitragstäter’.⁹⁰ § 12 öStGB maakt in verband

⁹⁰ Die twee daderschapsvormen kunnen worden gebracht onder de verzamelterm ‘Beitragstäter’ in ruime zin (ook de verzamelterm ‘mittelbarer Täter’ - tegenover ‘unmittelbarer Täter’ - wordt

met de drie daderschapsvormen geen onderscheid tussen verschillende soorten strafbare feiten; de bepaling spreekt algemeen van de ‘strafbare Handlung’. Alledrie de daderschapsvormen gelden dan ook zonder uitzondering voor alle strafbare feiten, zowel de (zwaardere) ‘Verbrechen’ als (de lichtere) ‘Vergehen’.⁹¹ In een eenheidsdadersysteem ligt dat ook voor de hand, omdat alle daderschapsvormen in beginsel gelijkwaardig zijn (in beginsel, niet in alle opzichten, zoals in het navolgende zal blijken). Hieronder zullen nu eerst de verschillende daderschapsvormen worden uitgewerkt.

3.2 ‘Unmittelbare Täterschaft’

3.2.1 Inleiding

§ 12 öStGB noemt in de eerste plaats de ‘unmittelbare Täter’. Het bereik van deze daderschapsvorm is bepalend voor het bereik van de andere vormen. De wet omschrijft deze daderschapsvorm niet nader en in de literatuur bestaat veel discussie over het bereik ervan.⁹² In de heersende opvatting, die ook door het OGH wordt gedeeld, wordt het onmiddellijke daderschap zeer beperkt uitgelegd (zie hierna).

Het onmiddellijke daderschap kan zich in twee vormen voordoen: het onmiddellijke ‘Alleintäterschaft’ en het onmiddellijke ‘Mittäterschaft’.

3.2.2 ‘Unmittelbarer Alleintäter’

De ‘unmittelbare Alleintäter’ is degene die zelf, alleen, de delictsomschrijving vervult, zowel de objectieve als de subjectieve bestanddelen. Wat betreft het (objectieve) gedragingsbestanddeel wordt dit vervullen van de delictsomschrijving, als gezegd, zeer beperkt opgevat. In de woorden van het OGH:

‘Als unmittelbarer Täter hinwieder kommt nur in Frage, wer eine dem Wortlaut des tatbestandes entsprechende Ausführungshandlung vornimmt.’⁹³

De onmiddellijke alleen-dader verricht de aan de wettekst beantwoordende uitvoeringshandeling. Uitvoeringshandeling wordt hier in een beperkte, ‘fysieke’ betekenis gebruikt. Het gaat om het ‘fysiek’, ‘eigenhandig’ plegen van het delict. Van ‘functionele’ interpretatie is geen sprake. Onmiddellijke alleen-dader van een diefstal is dus alleen degene die het goed eigenhandig, ‘fysiek’, wegneemt. Dit geldt ook bij

gebruikt); gelet op de wettekst moet immers ook de ‘Bestimmungstäter’ worden gezien als een dader die aan de uitvoering van het feit ‘beitragt’.

⁹¹ Zie § 17 öStGB:

1. Verbrechen sind vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind.
2. Alle anderen strafbare Handlungen sind Vergehen.

⁹² Zie over deze discussie bijv. Hamdorf 2002, p. 104 e.v.; Kienapfel & Höpfel 2009, p. 215 e.v.; Schöberl 2006, p. 199 e.v. Deze hangt overigens samen met de discussie over (de aanvaarding dan wel afwijzing van) het systeem van het eenheidsdaderschap in het algemeen.

⁹³ OGH 14.03.2000, 14 Os 158/99; zie ook bijv. OGH 30.03.2005, 13 Os24/05m.

gevolgsdelicten. Niet iedereen die een causale bijdrage levert aan de intrede van het gevolg is onmiddellijke dader. Dat is alleen de ‘unmittelbar Ausführende’, degene die met zijn handeling direct het gevolg teweegbrengt, de ‘letzt handelnde Mensch’. Degene die een ander een wapen verschaft om de moord mee te plegen is geen onmiddellijke dader; dat is alleen degene die het dodelijke schot lost. Wel is nog van onmiddellijk alleen-daderschap sprake indien de dader een technisch hulpmiddel (het wapen uit het voorbeeld) of een dier als werktuig inzet om de delictshandeling te verrichten. Van onmiddellijk daderschap is echter geen sprake indien een mens als ‘willoos werktuig’ wordt gebruikt (afgezien van de gevallen van absolute overmacht: A duwt B door de ruit). Als een ander mens wordt ingeschakeld, zal het dus doorgaans om ‘Bestimmungs-täterschaft’ gaan.

Schoolvoorbeeld is het ‘Pflegerin-Suppe-Fall’: A doet, met dodingsopzet, gif in de soep die verpleger B, die van niets weet, aan patiënt C voert. B is geen onmiddellijke dader van moord/doodslag nu hij geen dodingsopzet heeft (mogelijk evenmin dader van dood door schuld). A is geen onmiddellijke dader nu hij niet zelf, eigenhandig, de dodingshandeling heeft verricht. A is ‘Bestimmungstäter’ van moord/doodslag indien hij B heeft aangezet tot het voeren van de soep (zie hierna par. 3.3); A is ‘Beitragstäter’ indien verpleger B zelf al van plan was C de soep te geven (zie hierna par. 3.4).⁹⁴

Ander voorbeeld: A brengt haar echtgenoot B ertoe om aan zijn broer C te vragen een groot geldbedrag aan A te lenen. A heeft B verteld dat zij het geld nodig heeft om een belastingschuld te betalen, hoewel A steeds van plan is geweest het bedrag voor zichzelf te houden. C maakt het geld over naar A. A is geen onmiddellijke dader van oplichting, maar ‘Bestimmungstäter’.⁹⁵

Op het gebruik van het criterium van de directe uitvoeringshandeling bij *culpose* delicten, en dus het bereik van het onmiddellijke daderschap bij die delicten, wordt later ingegaan; zie par. 3.5.

3.2.3 ‘Unmittelbarer Mittäter’

De figuur van de onmiddellijke mededader sluit nauw aan bij die van de onmiddellijke alleen-dader. Onmiddellijke mededaders zijn zij die de

‘tatbestandliche, dh dem Wortlauttatbestand entsprechende und vom gemeinsamen Vorsatz getragene Ausführungshandlung ganz oder zumindest teilweise selbst vornehmen.’⁹⁶

Uitvoeringshandeling

De onmiddellijke mededader moet dus, net als de onmiddellijke alleen-dader, een directe uitvoeringshandeling van het delict verrichten.⁹⁷ Dit betekent ten eerste dat degene die uitsluitend in de voorbereidingsfase actief is, geen onmiddellijke mededader kan zijn. Ten tweede leveren allerlei gedragingen verricht in het uitvoeringsstadium toch geen mededaderschap op indien niet een ‘echte’ uitvoeringshandeling verricht is. In beide gevallen kan wel sprake zijn van

⁹⁴ Volgens Fuchs 2008, p. 292, zou, consequent doorgedacht, ook geen sprake zijn van onmiddellijk daderschap van A, indien A het gif in de soep doet en C zélf de soep opdrinkt.

⁹⁵ OGH 18.04.1989, 11 Os 31/89.

⁹⁶ Kienapfel & Höpfel 2009, p. 221.

⁹⁷ Zie bijv. OGH 06.03.2003, 12 Os 1/03.

‘Bestimmungstäterschaft’ of ‘Beitragstäterschaft’.⁹⁸ Een paar voorbeelden ter illustratie (zie ook reeds de voorbeelden in par. 3.2.2):

Indien A bij een doodslag het slachtoffer vasthoudt, terwijl B het slachtoffer doodsteekt, is alleen B een onmiddellijke (alleen-)dader.

A, die de invoer van drugs financiert en organiseert, is geen onmiddellijke mededader indien hij niet zelf, eigenhandig, de drugs invoert.⁹⁹

A is een onmiddellijke mededader van een beroving door geweld wanneer hij het slachtoffer vasthoudt en B het geld wegpakt. A verricht immers een aan de delictsomschrijving beantwoordende gedraging, te weten het plegen van geweld.¹⁰⁰ Heeft A daarentegen ‘slechts’ B naar de plaats van het delict vervoerd en hem, plus de buit, daarna weer weggebracht, dan is A geen onmiddellijke mededader omdat hij niet ‘selbst das Raubopfer bedroht oder diesem Geld weggenommen, somit Ausführungshandlungen des Verbrechens des Raubes gesetzt’ heeft.¹⁰¹

A is ook geen onmiddellijke mededader van oplichting indien hij aan B, zoals afgesproken, een gestolen spaarboekje geeft, B naar de bank begeleidt en daar wacht tot B het geldsbedrag (wederrechtelijk) heeft opgenomen, waarna het bedrag wordt verdeeld.¹⁰²

Het restrictieve criterium van de directe uitvoeringshandeling voor de afbakening van het onmiddellijke alleen-daderschap en het onmiddellijke mededaderschap brengt een - relatief - ruim bereik van de andere daderschapsvormen - vooral het ‘Beitragstäterschaft’ - met zich (zie par. 3.4.1).

Het afbakeningscriterium is niet alleen restrictief. Het is tevens een objectief en formeel (zelfs formalistisch) criterium, en daarmee betrekkelijk eenvoudig toe te passen. Dit past ook in een eenheidsdadersysteem zoals het Oostenrijkse. Aan een afbakening op basis van een *waarderende* beoordeling van iemands bijdrage bestaat geen behoefte nu alle strafbare bijdragen aan het delict als daderschap worden gekwalificeerd, alle daderschapsvormen gelijkwaardig zijn en voor al deze vormen hetzelfde strafmaximum geldt. Pas bij de strafoplegging kan (en moet) met ieders precieze rol en bijdrage rekening worden gehouden. Wél moet bedacht worden dat het hanteren van zo’n objectief en (relatief) eenvoudig criterium alleen mogelijk is voor zover het om de afbakening tussen de daderschapsvormen onderling gaat, dus om de ‘binnengrenzen’ van de daderschapsvormen. Dat is het geval bij degene die een (deel van de) uitvoeringshandeling van het delict verricht (en het vereiste subjectieve bestanddeel vervult). De strafwaardigheid staat in dit geval vast en deze persoon ‘moet’ dus hoe dan ook als dader aangemerkt kunnen worden. Dat geldt niet voor degene die niet een dergelijke handeling verricht. In het Oostenrijkse strafrecht is deze persoon eventueel een ‘Bestimmungstäter’ of een ‘Beitragstäter’. Voor de ‘buitengrenzen’ van deze daderschapsvormen - wat valt nog onder ‘Bestimmungstäterschaft’ dan wel ‘Beitragstäterschaft’ en wat levert géén daderschap meer op - kan ook het (Oostenrijkse) eenheidsdadersysteem niet zonder een meer

⁹⁸ De wetsgeschiedenis biedt ook steun aan deze opvatting, waar wordt gesteld dat ‘die Unterscheidung zwischen ausföhrungen und andere formen der Beteiligung (...) nach § 12 ausschließlic von der äußeren Art der Handlung’ afhangt (EBRV 1971, 84 l. sp. (Dok. StGB 69 l. Sp.)).

⁹⁹ Vgl. Engert 2005, p. 53.

¹⁰⁰ Idem indien A bij een verkrachting (door geweld) het slachtoffer volgens plan vasthoudt (= geweld), terwijl B bij het slachtoffer binnendringt in het lichaam.

¹⁰¹ OGH 15.07.1992, 13 Os 62, 63/92.

¹⁰² OGH 01.03.1982, 9 Os 169/82.

waarderende en dus minder eenvoudig toe te passen maatstaf. Dat geldt in het bijzonder voor het ‘Beitragstäterschaft’, dat weer als een soort restcategorie fungeert ten opzichte van het ‘Bestimmungstäterschaft’ (zie hierna par. 3.4).

Uiteraard kan het toch ook bij dit formele afbakeningscriterium soms lastig zijn om te beoordelen of van onmiddellijk mede-daderschap sprake is dan wel van ‘Bestimmungstäterschaft’ of ‘Beitragstäterschaft’. Praktisch is dat echter van gering belang, omdat een verkeerde keuze geen consequenties heeft (zie par. 8). Het onderscheid is wel relevant in verband met de ‘poging tot daderschap’. Kort gezegd: poging tot onmiddellijk daderschap is strafbaar, poging tot ‘Bestimmungstäterschaft’ ook, maar poging tot ‘Beiträgerschaft’ is niet strafbaar (zie uitgebreider par. 5).

Bewuste samenwerking en opzet

Onmiddellijk mede-daderschap veronderstelt bewuste samenwerking. Voor bewuste samenwerking is een expliciete voorafgaande afspraak geen vereiste. De samenwerking kan ook stilzwijgend zijn. Ontbreekt de samenwerking, dan moet ieders aandeel apart beoordeeld worden.

De onmiddellijke mededader moet zelf het voor het delict vereiste subjectieve bestanddeel vervullen. Verschil in opzet tussen de mededaders kan maken dat hun bijdragen verschillend beoordeeld moeten worden en zij (onmiddellijke) mededaders zijn van verschillende delicten.

A en B gaan samen op dievenpad. A heeft een wapen bij zich waarvan B geen weet heeft. A kan (onmiddellijke) mededader van een gewapende diefstal (§ 129 öStGB) zijn, terwijl B, die geen opzet heeft op wapengebruik, mededader is van een eenvoudige diefstal (§ 127 öStGB).¹⁰³

Zo ook kan A mededader zijn van diefstal (§ 127 öStGB) van een voertuig, terwijl B, die slechts tijdelijk van het voertuig gebruik wilde maken, mededader is van het onbevoegd gebruik maken van een voertuig (§ 136 öStGB):

‘Die Tatbestände nach den §§ 127 und 136 StGB unterscheiden sich nämlich ausschließlich auf der inneren Tatseite, und zwar durch den dem Diebstahl eigentümlichen Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung (...). Voraussetzung für den Diebstahl [ist] der Wille, die Sache (hier: die Kraftfahrzeuge) für dauernd zu behalten und gleich einem Eigentümer darüber zu verfügen, während das Tatbild nach dem § 136 Abs 1 StGB einen nach dem Vorsatz des Täters bloß vorübergehenden Gebrauch des zum Antrieb mit Maschinenkraft eingerichteten Fahrzeugs erfaßt. Eine verschiedene Beurteilung der Täter zweier das äußere Tatbild durch Sachentziehung und anschließenden Gebrauch in gleicher Weise verwirklichenden Taten wegen unterschiedlichen Vorsatzes ist aber denkmöglich und kann durchaus sachgerecht sein. Daß sich dabei das Zusammenwirken der Täter nicht auf die subjektive Tatseite, sondern nur auf die objektiven Tatbestandsmerkmale bezieht, liegt auf der Hand.’¹⁰⁴

¹⁰³ Vgl. Kienapfel & Höpfel 2009, p. 225. Ander voorbeeld: A kan mededader zijn van zware mishandeling en B, wiens opzet minder ver ging, mededader van mishandeling.

¹⁰⁴ OGH 06.08.1991, 11 Os 50/91.

3.3 ‘Bestimmungstäter’

3.3.1 Inleiding

Niet alleen de onmiddellijke dader ‘begeht die strafbare Handlung’, maar, aldus § 12 öStGB, ook eenieder ‘der einen anderen dazu bestimmt, sie [= die strafbare Handlung] auszuführen.’ In de rechtspraak is dit nader uitgewerkt:

‘Unter Bestimmung eines anderen zur Ausführung einer strafbaren Handlung im Sinn des § 12, zweiter Fall, StGB ist die vorsätzliche Veranlassung dieses anderen zur Tatbegehung zu verstehen, wobei als Bestimmen alle Verhaltensweisen in Betracht kommen, die einen Anstoß zur Ausführung der Straftat geben, also damit in einem ursächlichen Zusammenhang stehen’.¹⁰⁵

Men kan zich afvragen of deze daderschapsvorm niet overbodig is naast het ‘Beitragstäterschaft’; de ‘Bestimmungstäter’ levert immers ook een ‘Beitrag’ aan de totstandkoming van het delict. Naast redenen van rechtszekerheid (zie par. 2.2 over het functionele eenheidsdadersysteem), is hier in ieder geval een dwingende reden voor in verband met de strafbaarheid wegens poging. Zoals hiervoor al even bleek: poging tot ‘bestimmen’ is strafbaar, de poging tot het leveren van een ‘Beitrag’ daarentegen niet (zie uitgebreid hierna par. 5).

3.3.2 Belangrijke aspecten

‘Bestimmen’

‘Bestimmungstäterschaft’ veronderstelt twee gedragingen: het ‘bestimmen’ van de ander tot de uitvoeringshandeling en de uitvoeringshandeling zelf.

Het de ander ertoe brengen het feit te begaan (‘bestimmen’, ‘veranlassen’) houdt in dat bij de ander het besluit tot het verrichten van de uitvoeringshandeling wordt gewekt (psychische causaliteit). Dat is dus niet meer mogelijk indien de ander zelf al het besluit hiertoe heeft genomen (hetgeen nog niet het geval is bij enkel een algemene bereidheid tot het plegen van het delict). In dat geval kan wel sprake zijn van een poging tot ‘bestimmen’ (zie par. 5) of van ‘Beitragstäterschaft’.

Aan de wijze waarop bij de ander het handelingsbesluit wordt gewekt, zijn geen voorwaarden gesteld, in het bijzonder niet de inzet van bepaalde middelen van ‘Bestimmung’ (zie ook het citaat hiervoor). Het kan door bedreiging of belofte, maar ook door enkele overreding en onder omstandigheden zelfs door het schijnbaar afraden de handeling te verrichten. ‘Bestimmungstäterschaft’ kan ook in de vorm van de zogenaamde ‘Kettenbestimmung’, waarbij de dader zich niet rechtstreeks tot de uiteindelijke uitvoerder heeft gericht, maar het ‘bestimmen’ via meer personen verloopt.

‘Da zwischen dem Bestimmenden und demjenigen, der die Tat ausführen soll, keine unmittelbare Verbindung bestehen muß, somit Anstiftung auch dann vorliegt, wenn sich der Bestimmungstäter einer Mittelsperson zwecks Einwirkung auf den Willensentschluß des Ausführenden bedient (...), ist dem Gericht kein Rechtsirrtum unterlaufen, wenn es Anstiftung auch in Fällen annahm, in welchen der Angeklagte auf Ärzte oder Versicherte zwecks Beteiligung an deliktischen

¹⁰⁵ OGH 19.05.1988, 13 Os 137/87.

Rezeptmanipulationen einwirkte; denn Anstiftung (§ 12, zweiter Fall, StGB.) kann auch in einer “Kettenbestimmung” verwirklicht sein.”¹⁰⁶

Schuldvorm

De ‘Bestimmungstäter’ moet de voor de verwerkelijking van het delict vereiste schuldvorm hebben (‘deliktsspezifischer Tatvorsatz’). Bij opzetdelicten moet hij opzet hebben, waarbij, in beginsel, voorwaardelijk opzet volstaat, namelijk voor zover deze opzetvorm ook voor het onmiddellijke daderschap volstaat.¹⁰⁷ Is een bijzondere opzetvorm vereist, dan geldt dit ook voor de ‘Bestimmungstäter’:

‘Der Bestimmungstäter verwirklicht den im § 12 StGB erweiterten Tatbestand des jeweiligen Deliktes vielmehr originär; dies bedeutet in subjektiver Hinsicht, dass der Bestimmungstäter auch mit dem für die Erfüllung des inneren Tatbestandes erforderlichen Vorsatz handeln muss. Fordert das Gesetz eine besondere Art des Vorsatzes (wie zB bei der Untreue Wissentlichkeit nach § 5 Abs 2 StGB), so muss jedenfalls der Bestimmungstäter mit dem deliktsspezifischen Vorsatz handeln.’¹⁰⁸

Uitvoeringshandeling door de ander: geen kwalitatieve accessoriteit

Van belang is dat bij de ander niet het *delict*sopzet opgewekt hoeft te zijn. Voldoende is het uitlokken van het ‘neutrale’ *handelings*besluit. Dit vloeit voort uit het feit dat de *kwalitatieve* accessoriteit geen vereiste is: de uitvoeringshandeling, verricht door de ander, hoeft zelf geen strafbaar feit te zijn. De gedraging van de ander hoeft niet opzettelijk verricht te zijn (bij een opzetdelict hoeft de gedraging dus in zoverre niet aan de delictsomschrijving te beantwoorden, niet ‘tatbestandsmässig’ te zijn), de gedraging hoeft niet wederechtelijk te zijn, en evenmin aan schuld te wijten. De niet-strafbaarheid van de uitvoerder is voor de strafbaarheid van de ‘Bestimmungstäter’ dus irrelevant. Eenieder wordt immers gestraft voor ‘*eigenes Unrecht und eigene Schuld*’ (zie hiervoor par. 2.2).

‘Bestimmungstäterschaft [kann] auch dann vorliegen, wenn der Bestimmte vorsatzlos, bloß fahrlässig, schuldlos, qualifikationslos oder rechtmäßig handelt. Der Bestimmungstäter verwirklicht den im § 12 StGB erweiterten Tatbestand des jeweiligen Deliktes vielmehr originär’.¹⁰⁹

Nogmaals het ‘Pflegerin-Suppe-Fall’: A dringt er bij verpleger B op aan om C een kop soep te geven. A heeft, met dodingsopzet, gif in de soep gedaan; verpleger B weet van niets en voert de soep aan C die overlijdt. B is geen onmiddellijke dader van doodslag nu hij geen dodingsopzet heeft (mogelijk evenmin dader van dood door schuld). A is geen onmiddellijke dader; hij is wel ‘Bestimmungstäter’. A heeft bij verpleger B niet het *delict*sopzet (het *criminele* voornemen) gewekt, maar wel het *handelings*opzet, d.i. het opzet om de soep te voeren, en dat is voldoende.

Omdat kwalitatieve accessoriteit niet vereist is en het opwekken van het *handelings*besluit volstaat, wordt ook wel gesproken van ‘*faktische Bezogenheit*’: het

¹⁰⁶ OGH 19.05.1988, 13 Os 137/87.

¹⁰⁷ Het Oostenrijkse ‘bedingter Vorsatz’ vertoont sterke gelijkenis met het Nederlandse voorwaardelijk opzet. Zie § 5 Abs 1 öStGB: ‘Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.’

¹⁰⁸ OGH 25.09.2001, 14 Os 148/00.

¹⁰⁹ OGH 25.09.2001, 14 Os 148/00.

verrichten van de (objectieve) uitvoeringshandeling door de ander is wel vereist - d.i. de *kwantitatieve* accessoriteit - , maar is ook niet meer dan een 'bloßes Faktum'.¹¹⁰

Voor bijzondere opzet-kwesties, de mogelijkheid van culpoos 'Bestimmungstäterschaft', alsmede de werking van strafuitsluitingsgronden, zie hierna, par. 3.5.

3.4 'Beitragstäterschaft'

3.4.1 Inleiding

De 'Beitragstäter' is degene die anders dan als 'unmittelbarer Täter' of 'Bestimmungstäter' aan de uitvoering van het strafbare feit bijdraagt ('sonst zu ihrer Ausführung beiträgt'). Zoals eerder opgemerkt (zie par. 3.1), gelden de drie daderschapsvormen voor alle strafbare feiten en ook de 'Beitragstäter' kan dus strafbaar zijn bij zowel 'Verbrechen' als (de lichtere) 'Vergehen'.

In relatie tot de andere daderschapsvormen fungeert het 'Beitragstäterschaft' als een 'Generalklausel'. Volgens het OGH

'kommt jede Verhaltensweise in Betracht, welche die Ausführung der Tat durch einen anderen ermöglicht, erleichtert, absichert oder in anderer Weise fördert.'¹¹¹

Het karakter van 'Generalklausel' alsmede het beperkte bereik van het onmiddellijke daderschap brengt, zoals hiervoor al bleek (par. 3.2.3), een ruim bereik mee van het 'Beitragstäterschaft'. De onder deze daderschapsvorm vallende vormen van betrokkenheid kunnen dan ook van zeer verschillend gewicht zijn. Bij 'Beitragstäterschaft' moet dus niet alleen gedacht worden aan ondersteunende gedragingen zoals het verschaffen van een wapen of het vervoeren naar de plaats van het delict; het kan ook gaan om bijvoorbeeld het uitwerken van het criminele plan of het organiseren van de criminele onderneming. Bij het laatste voorbeeld kan overigens de grens met 'Bestimmungstäterschaft' een rol spelen (het oproepen van het handelingsbesluit bij een ander).

3.4.2 Belangrijke aspecten

'Beitrag'

Ook het 'Beitragstäterschaft' veronderstelt twee gedragingen: het leveren van de bijdrage aan het delict door de 'Beitragstäter' en het verrichten van de uitvoeringshandeling door de onmiddellijke dader. De gedraging van de 'Beitragstäter' moet de uitvoeringshandeling bevorderen. Zijn bijdrage hoeft niet noodzakelijk te zijn voor het verrichten van die handeling. 'Beitragstäter' en onmiddellijke dader hoeven geen contact met elkaar te hebben. De laatste hoeft van de bevordering door de ander dus geen weet te hebben.

Een bijdrage leveren kan zowel door daad (fysieke bijdrage, zoals het klaar zetten van een ladder of het geven van een wapen) als raad (psychische of intellectuele bijdrage, zoals het verschaffen van inlichtingen). Psychisch of intellectueel

¹¹⁰ Schöberl 2006, p. 60.

¹¹¹ OGH 04.06.2002, 12 Os 40/02.

‘Beitragstäterschaft’ kan bestaan in het sterken van de onmiddellijke dader in zijn reeds bestaande voornemen. Volgens het OGH is juist dan

‘eine strenge Prüfung der Kausalität erforderlich (...) Mangels Ursächlichkeit reicht die bloße Anwesenheit am Tatort, das bloße Wissen um ein bestimmtes, von einem anderen in Aussicht genommenes deliktisches Verhalten, das bloße Begleiten eines Täters oder die stillschweigende Duldung der Tatausführung für keine der im § 12 StGB angeführten Beteiligungsformen aus. Intellektuelle ‘Beitragstäterschaft’ kommt auch dann begrifflich nicht mehr in Betracht, wenn der unmittelbare Täter den Entschluss zu der in seiner Vorstellung bereits individualisierten Tat bereits gefasst hat und aus diesem Grunde einer Belehrung, Beratung oder Bestärkung nicht mehr bedarf’.¹¹²

‘Beitragstäterschaft’ kan ook door nalaten, maar alleen indien sprake is van een uit een ‘Garantenstellung’ voortvloeiende verplichting tot handelen:

‘Förderung einer Tat (im Sinne des § 12 dritter Fall StGB) kann nicht nur in einem aktiven Tun, sondern auch in einem Unterlassen bestehen, vorausgesetzt, daß dem Beitragstäter eine Garantenstellung hinsichtlich des vom unmittelbaren Täter beeinträchtigten Rechtsgutes zukommt; folglich haftet als Beitragstäter auch jeder, der die ihm mögliche Abwendung eines Deliktserfolges vorsätzlich unterläßt, obwohl er hierzu infolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung verhalten wäre, wodurch sich Beihilfe durch Unterlassen von der Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung (§ 286 StGB) unterscheidet. Eine solche persönliche Erfolgsabwendungspflicht ist keineswegs nur für den Bereich der Delikte gegen Leib und Leben anzunehmen, sondern kommt - wie hier - auch bei Angriffen gegen fremdes Vermögen in Betracht, sofern dies dem spezifischen Zweck der Pflicht entspricht’.¹¹³

Zoals uit het voorgaande blijkt, waakt het OGH ervoor dat niet iedere bijdrage, hoe gering ook, voldoende is voor ‘Beitragstäterschaft’. In het algemeen moet de ‘Beitragshandlung’, aldus het OGH

‘für ihre (sonst uferlose) Strafbarkeit dem Beitragstäter objektiv zurechenbar sein, was dann gegeben ist, wenn der Tatbeitrag das Risiko der Tatbildverwirklichung durch den unmittelbaren Täter in rechtlich missbilliger Weise - mithin eine unerlaubte Gefahr - schafft oder erhöht (...) Die soziale Verträglichkeit (...) des Verhaltens eines Beitragstäters ist nach dem Schutzzweck der anzuwendenden Norm in einem richterlichen Wertungsakt des Einzelfalles zu beurteilen (...). Kriterien dafür stellen (...) insbesondere die Wichtigkeit des geschützten Rechtsgutes (...) sowie die spezifische Bedeutung (...) des Beitrages für die Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechtes dar. Objektive und subjektive Elemente der Beitrags-handlung sind zur Beurteilung der Haftung dafür im Sinne eines beweglichen Systems zu berücksichtigen: das Plus des einen kann ein Minus des anderen aufwiegen - und umgekehrt’.¹¹⁴

Schuldvorm

De ‘Beitragstäter’ moet, net als de ‘Bestimmungstäter’, de voor de verwerkelijking van het delict vereiste schuldvorm hebben (‘deliktsspecifischer Tatvorsatz’). Bij opzetdelicten moet hij opzet hebben, waarbij, in beginsel, voorwaardelijk opzet

¹¹² OGH 04.06.2002, 12 Os 40/02.

¹¹³ OGH 17.05.1983, 12 Os 121/82.

¹¹⁴ OGH 22.06.2006, 12 Os 21/06i.

volstaat, namelijk voor zover deze opzetvorm ook voor het onmiddellijke daderschap volstaat. Is een bijzondere opzetvorm vereist, dan geldt deze eis ook voor de ‘Beitragstäter’.

Uitvoeringshandeling door de ander: geen kwalitatieve accessoriteit

De aan de uitvoeringshandeling te stellen eisen zijn niet anders dan bij het ‘Bestimmungstäterschaft’. Ook hier geldt dus: geen kwalitatieve accessoriteit, alleen kwantitatieve accessoriteit.

‘Mangels qualitativer Akzessorität ist es ohne Bedeutung, ob der Ausführende rechtswidrig, vorsätzlich, fahrlässig oder sonst schuldhaft gehandelt hat. Strafbarkeit des Beitragstäters wegen vorsätzlicher Beitragstäterschaft setzt nur dessen Vorsatz auf Tatbildverwirklichung, somit auf Vollendung der Tat voraus’.¹¹⁵

Bekend voorbeeld is het ‘Lolita-fall’¹¹⁶:

A stelt aan B een kamer ter beschikking waar B seksuele gemeenschap zal bedrijven met een 13-jarig meisje. A kent de ware leeftijd van het meisje, B denkt dat zij 14 jaar is, waardoor bij hem het voor het delict ex § 206 öStGB vereiste opzet ontbreekt. B is dientengevolge niet strafbaar. A is daarentegen strafbaar als ‘Beitragstäter’.

Voor bijzondere opzet-kwesties, de mogelijkheid van culpoos ‘Beitragstäterschaft’, alsmede de werking van strafuitsluitingsgronden, zie hierna par. 3.5.

3.5 Enkele overkoepelende aspecten van ‘Bestimmungs’- en ‘Beitragstäterschaft’

3.5.1 Opzet-kwesties

‘Bestimmungstäter’ en ‘Beitragstäter’ dienen zelf de voor het delict vereiste opzet te hebben (zie par. 3.3 en 3.4). *Feitelijke* afwijkingen in de uitvoering tussen enerzijds het delict zoals de ‘Bestimmungstäter’ of ‘Beitragstäter’ zich dat heeft voorgesteld en anderzijds de door de ander verrichte uitvoeringshandeling, hoeven aan aansprakelijkheid niet in de weg te staan. Het opzet mag ‘globaal’ zijn en daarmee kunnen verschillen, tot op zekere hoogte, worden ‘opgevangen’. Ten aanzien van het opzet van de ‘Bestimmungstäter’ overwoog het OGH:

‘Für ein solches “Bestimmen” (...) ist nämlich (...) nicht erforderlich, daß dem Bestimmer die zu verübenden Taten nach allen ihren Einzelheiten und Umständen, etwa genau nach Zeit und Ort ihrer Begehung, nach allen Objekten und Tatmodalitäten und hinsichtlich der einzelnen beteiligten Personen, bekannt sind. Vielmehr genügt es, daß er von den Taten, zu welchen bestimmt wird, der Art nach und in groben Umrissen eine Vorstellung hat.’¹¹⁷

Hetzelfde geldt voor ‘Beitragstäterschaft’:

¹¹⁵ OGH 31.01.2006, 11 Os 26/05s.

¹¹⁶ OGH 23.12.1993, 15 Os 165/93.

¹¹⁷ OGH 15.05.1979, 11 Os 41/79.

‘Beitragshandlungen im Sinn des § 12 dritter fall StGB müssen zu einer ausreichend individualisierten Straftat erfolgen; eine konkrete Individualisierung ist nicht erforderlich. Für den Beitragstäter genügt es, dass er zur Zeit der Beitragshandlung die Tat des unmittelbaren Täters ihrer Art nach und in groben Umrissen kennt. Die Person des unmittelbaren Täters muss nicht individualisiert sein. (...) Ob eine ausreichende Individualisierung der vom Beitragstäter geförderten Straftat gegeben ist, ist einzelfallbezogen und insbesondere auch abhängig vom Deliktstyp unterschiedlich zu beurteilen.’¹¹⁸

Tussen voorgesteld delict en door de onmiddellijke dader gepleegd delict kunnen echter ook *juridische* verschillen bestaan. De ‘Bestimmungstäter’ wil bijvoorbeeld de ander aanzetten tot een mishandeling, terwijl die ander verder gaat en een doodslag pleegt. De wijze waarop dergelijke situaties beoordeeld moeten worden, vloeit voort uit de eerder besproken vereisten van ‘Bestimmungs’- en ‘Beitragstäterschaft’: kwantitatieve accessoriteit en het zelf vervullen van het voor het delict vereiste opzetbestanddeel.

Uit het vereiste van kwantitatieve accessoriteit volgt dat indien de onmiddellijke dader wel een pogingshandeling heeft verricht, maar het delict niet voltooid heeft, de ‘Bestimmungstäter’ of ‘Beitragstäter’ ook slechts strafbaar is wegens poging (‘Beteiligung am Versuch’). Heeft de onmiddellijke dader het zelfs niet tot een poging gebracht, dan is de ‘Bestimmungstäter’ strafbaar wegens poging tot ‘Bestimmungstäterschaft’; de ‘Beitragstäter’ is in dat geval niet strafbaar (zie uitgebreider par. 5).

Doet de onmiddellijke dader *meer* dan de ‘Bestimmungstäter’ of ‘Beitragstäter’ wilde (‘*quantitativer Exzess*’), dan is ‘Bestimmungstäter’ respectievelijk ‘Beitragstäter’ voor het meerdere niet strafbaar. Ten aanzien van dat meerdere ontbreekt immers het opzet.¹¹⁹

A zet B aan tot het plegen van een diefstal. B pleegt de diefstal en gebruikt daarbij geweld. Voor de diefstal is A aansprakelijk, voor het geweld niet omdat zijn opzet daar niet op gericht was.

Indien de onmiddellijke dader een *ander* delict begaat (‘*qualitativer Exzess*’), is de ‘Bestimmungstäter’ respectievelijk ‘Beitragstäter’ daarvoor niet aansprakelijk.

A tracht B aan te zetten tot het beroven van C. In plaats daarvan steekt B C’s huis in brand. A is niet aansprakelijk voor de brandstichting omdat zijn opzet niet op dit delict gericht was. Wel is A strafbaar wegens het pogen een ander aan te zetten tot diefstal (poging tot ‘Bestimmungstäterschaft’; zie par. 5).

3.5.2 ‘*Fahrlässige Beteiligung*’

In het voorgaande ging het steeds om opzettelijk ‘Bestimmungstäterschaft’ of ‘Beitragstäterschaft’. Bestaat ook strafbaarheid wegens culpoos (‘*fahrlässiges*’) ‘Bestimmungstäterschaft’ of ‘Beitragstäterschaft’?¹²⁰ In dat geval heeft de dader geen

¹¹⁸ OGH 31.01.2006, 11 Os 26/05s.

¹¹⁹ *Geobjectiveerde* gevolgen kunnen wel voor rekening van de ‘Bestimmungs’- of ‘Beitragstäter’ komen zonder dat het opzet daar op gericht is.

¹²⁰ Zie over de discussie Engert 2005, p. 71 e.v.; Schöberl 2006, p. 217 e.v.

opzet op de door de ander (al dan niet opzettelijk¹²¹) verrichte gedraging. Alsdan kan de dader niet strafbaar zijn wegens het opzetdelict; de dader, ook de ‘Bestimmungs’- en ‘Beitragstäter’, moet immers zelf het voor het delict vereiste subjectieve bestanddeel vervullen. Heeft hij slechts culpa, dan kan hij dus hooguit voor het culpose delict - als dat bestaat(!) - strafbaar zijn.

Een deel van de schrijvers is van mening dat ‘fahrlässige Beteiligung’ niet strafbaar is, nu de wet deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk noemt.¹²² Sommigen sluiten alleen culpose ‘Bestimmung’ uit, en wel omdat ‘Bestimmen’ begripsmatig alleen opzettelijk zou kunnen, of vindt dat althans een overbodige constructie, vooral bij culpose gevolgsdelicten. Heeft iemand niet-opzettelijk een ander tot een bepaalde handeling aangezet of niet-opzettelijk daaraan bijgedragen, dan kan deze persoon onmiddellijke dader zijn van een culpoos delict, op voorwaarde dat hij zelf verwijtbaar onvoorzichtig gehandeld heeft.¹²³

Op verzoek van B geeft A aan B een pistool. A had er op bedacht moeten zijn dat B het wapen zou kunnen gebruiken om zijn vrouw, die van hem wil scheiden, (opzettelijk) te vermoorden, hetgeen ook gebeurt. B is een onmiddellijke dader van moord. A kan, afhankelijk van de omstandigheden, onmiddellijke dader van dood door schuld zijn.

Anderen zien geen reden om af te wijken van het gebruikelijke patroon dat gevolgd wordt bij (opzettelijk) ‘Bestimmungstäterschaft’ en ‘Beitragstäterschaft’. Onmiddellijke dader is degene die de (laatste) fysieke uitvoeringshandeling heeft verricht; anderen kunnen alleen ‘Bestimmungstäter’ of ‘Beitragstäter’ zijn.¹²⁴

In die visie is A in het voorbeeld ‘Beitragstäter’ van dood door schuld. Hij is geen onmiddellijke dader omdat niet zijn gedraging, maar B’s gedraging de uitvoeringshandeling vormt.

In de rechtspraak is de mogelijkheid van culpoos ‘Bestimmungstäterschaft’ en ‘Beitragstäterschaft’ erkend (overigens zonder de constructie via het onmiddellijke daderschap expliciet af te wijzen), bij zowel culpose gedrags- als culpose gevolgsdelicten.¹²⁵ Ook dan echter zal van de ‘Bestimmungs’- of ‘Beitragstäter’ gezegd moeten kunnen worden dat hij verwijtbaar onvoorzichtig gehandeld heeft.

‘Die Beschwerdeführerin übersieht nämlich, daß sie als Täter einer fahrlässigen Gefährdung durch Sprengmittel (§ 174 Abs 1 StGB.) und einer fahrlässigen Körperverletzung (§ 88 Abs 1 und 4 / § 81 Z. 1 / StGB.), sohin in beiden Fällen wegen Fahrlässigkeitsdelikten schuldig erkannt wurde. Bei Fahrlässigkeitsdelikten kommt aber als Täter - *gleichgültig in welcher Erscheinungsform* [curs. toegevoegd] - jeder in Betracht, der in seiner Person alle Erfordernisse eines Fahrlässigkeitsdelikts erfüllt, demnach gegen eine eigene, ihn selbst treffende objektive Sorgfaltspflicht verstößt und auch subjektiv sorgfaltswidrig handelt (...) Vorliegend ist das Erstgericht sowohl in Ansehung der (fahrlässigen) Gefährdung durch Sprengmittel als auch in Ansehung der (fahrlässigen) Körperverletzung rechtsrichtig davon ausgegangen, daß die Beschwerdeführerin durch das ihr

¹²¹ Net als bij opzettelijk ‘Bestimmungstäterschaft’ of ‘Beitragstäterschaft’, is het ook bij de culpose variant van deze daderschapsvormen in beginsel irrelevant of de onmiddellijke dader opzettelijk, culpoos of in het geheel niet verwijtbaar heeft gehandeld.

¹²² Vgl. Engert 2005, p. 71.

¹²³ Zo bijv. Kienapfel & Höpfel 2009, p. 227.

¹²⁴ Zo bijv. Schöberl 2006, p. 218.

¹²⁵ Zie Engert 2005, p. 71, 72.

angelastete Verhalten gegen eine sie selbst treffende objektive Sorgfaltspflicht verstoßen hat, wobei es für ihre Mitwirkung an der Gefährdung durch Sprengmittel (als einem Fahrlässigkeitsdelikt mit gesetzlich bestimmter Verhaltensbeschreibung (...)) genügte, daß diese Mitwirkung jedenfalls auf jene Art von Rechtsgutbeeinträchtigung zielte, die der Tatbestand des § 174 StGB verhindern will (...). War das festgestellte Tatverhalten der Beschwerdeführerin aber objektiv sorgfaltswidrig, dann kommt es nicht darauf an, in welcher Phase des Gesamtgeschehens, aus dem letztlich die tatbestandsmäßigen Erfolge eingetreten sind, diese Mitwirkung erfolgte.¹²⁶

3.5.3 Strafuitsluitingsgronden

Bij ‘Bestimmungstäterschaft’ noch ‘Beitragstäterschaft’ is kwalitatieve accessoriteit een vereiste. De door de ander verrichte (objectieve) uitvoeringshandeling hoeft geen strafbaar feit te zijn en die ander hoeft geen strafbare (onmiddellijke) dader te zijn. Eenieder wordt immers gestraft voor ‘*eigenes Unrecht und eigene Schuld*’ (zie hiervoor par. 2.2). In lijn hiermee moeten strafuitsluitingsgronden *ad personam* beoordeeld worden. Dat geldt niet alleen voor schulduitsluitingsgronden, maar tot op zekere hoogte ook voor rechtvaardigingsgronden. Zo is denkbaar dat de onmiddellijke dader zich niet op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen maar de ‘Bestimmungstäter’ wel:

A is op pad met B. A kijkt door het raam van een woning en ‘ziet’ dat de in de woonkamer slapende C wordt bedreigd door een gasvergiftiging. Daarover zegt hij niets tegen B. Wel zet hij B aan tot het ingooien van een ruit, waardoor C aan de dood ontsnapt. A is als ‘Bestimmungstäter’ uiteindelijk niet strafbaar. De wederrechtelijkheid ontbreekt omdat hij in overmacht-noodtoestand heeft gehandeld. B is een strafbare onmiddellijke dader, die zich niet op deze rechtvaardigingsgrond kan beroepen.

Lastiger te beoordelen is de situatie waarin de onmiddellijke dader zich op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen.

In het zojuist gegeven voorbeeld vraagt A aan B een steen aan te reiken. A gooit de ruit in, waardoor C aan de dood ontsnapt. B was niet op de hoogte van A’s intentie C te redden. A is zeker niet strafbaar als onmiddellijke dader. De wederrechtelijkheid ontbreekt omdat hij in overmacht-noodtoestand heeft gehandeld. Is B een strafbare ‘Beitragstäter’ omdat hij niet op de hoogte is van A’s intentie?

In de literatuur wordt wel betoogd dat in dit geval ook B niet strafbaar is. B zou geen strafbare handeling verricht hebben ‘weil die *Tat in ihrer Gesamtheit* durch die Rettung des höherwertigen Rechtsgutes *gerechtfertigt* ist.’¹²⁷ Sommige recht-

¹²⁶ OGH 04.06.1981, 12 Os 15/81; zie ook OGH 20.01.1980, 9 Os 160/79.

¹²⁷ Zo Fuchs 2008, p. 311. Volgens deze auteur geldt hetzelfde voor noodweer: A zet B aan tot het doden van C. B doodt C ook, maar onder omstandigheden die maken dat B zich kan beroepen op noodweer. B handelt niet wederrechtelijk en is niet strafbaar. A zou hier niet aan een strafbare handeling hebben bijgedragen en daarom niet strafbaar zijn als ‘Beitragstäter’ aan het voltooide delict. A is wel strafbaar wegens *poging* tot ‘Bestimmung’ tot een moord; zie par. 5. Enigszins anders Kienapfel & Höpfel 2009, p. 235, die hier in beginsel wel strafbaarheid van A aannemen (omdat ook rechtvaardigingsgronden *ad personam* beoordeeld moeten worden). Tegelijkertijd wijzen zij erop dat het in dit voorbeeld ingewikkelder ligt dan het op het eerste gezicht lijkt. Want of

vaardigingsgronden werken daarentegen niet door naar de ‘Bestimmungs’- en de ‘Beitragstäter’:

A doet bij politieman P ten onrechte aangifte tegen C, zijn aartsvijand, wegens moord op M, wiens lijk onder verdachte omstandigheden gevonden is. De aangifte is zo precies en onderbouwd dat politieman B er niet omheen kan om C aan te houden. P maakt zich niet schuldig aan strafbare vrijheidsberoving, nu hij gerechtigd was om C aan te houden. Voor de strafbaarheid van A maakt dit echter niet uit: A is ‘Bestimmungstäter’ van dit delict.

De politieman handelt niet wederrechtelijk; hij is tot deze handeling bevoegd. De handelingsbevoegdheid maakt de ‘Unwert der Rechtsgutbeeinträchtigung’ niet ongedaan, maar sluit alleen de toerekening van de rechtsgoedschending aan de handelingsbevoegde uit. De strafbaarheid van andere betrokkenen, voor wie die bevoegdheid niet geldt, wordt daardoor niet weggenomen.¹²⁸

4 ‘Sonderdelikte’

‘Sonderdelikte’ zijn *kwaliteitsdelicten*; het begaan van het delict veronderstelt een bepaalde kwaliteit, zoals het zijn van ambtenaar of eigenaar. Het eenheidsdadersysteem zou de betrokkenheid van meerdere personen bij kwaliteitsdelicten, ingeval niet alle betrokkenen over de vereiste kwaliteit beschikken, op twee manieren kunnen oplossen.¹²⁹ Enerzijds zou men het principiële credo van dit systeem dat eenieder aansprakelijk is voor ‘eigenes Unrecht und eigene Schuld’, letterlijk kunnen nemen. In dat geval zou strafbare betrokkenheid van degene die niet over de kwaliteit beschikt uitgesloten zijn, omdat zijn aansprakelijkheid niet ‘originär begründet’ kan worden, maar slechts kan worden *afgeleid* van degene die wel over de kwaliteit beschikt. Wordt die betrokkenheid toch strafwaardig gevonden, dan zal deze als een zelfstandig delict strafbaar gesteld moeten worden. De andere benadering is dat de bij de ene dader aanwezige kwaliteit wel kan ‘doorwerken’ naar andere betrokkenen. Volgens voorstanders van deze benadering wordt daarmee geen inbreuk gemaakt op genoemd grondbeginsel omdat ook dan de niet-kwaliteitsdrager toch gewoon voor ‘eigen onrecht’ wordt bestraft. Dat onrecht houdt simpelweg in dat is bijgedragen aan een kwaliteitsdelict.

Het Oostenrijkse wetboek kent een aparte regeling voor kwaliteitsdelicten en kiest daarin voor de tweede benadering:

‘§14. (1) Macht das Gesetz die Strafbarkeit oder die Höhe der Strafe von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters abhängig, die das Unrecht der Tat betreffen, so ist das Gesetz auf alle Beteiligten anzuwenden, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse auch nur bei einem von ihnen vorliegen. Hängt das Unrecht der Tat jedoch davon ab, daß der Träger der

A strafbaar is wegens *voltooide* ‘Bestimmung’ tot moord is nog maar de vraag. In dit voorbeeld zou de door B gepleegde moord feitelijk wel eens een andere moord kunnen zijn dan de moord die A zich voorstelde. Als de door B gepleegde moord (feitelijk) wezenlijk afwijkt van de door A beoogde moord, is A niet strafbaar als ‘Bestimmungstäter’ van moord (maar wel weer strafbaar wegens *poging* tot ‘Bestimmung’ tot een moord).

¹²⁸ Fuchs 2008, p. 312; Kienapfel & Höpfel 2009, p. 234.

¹²⁹ Vgl. Engert 2005, p. 125; Schöberl 2006, p. 61, 62.

besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse die Tat unmittelbar ausführt oder sonst in bestimmter Weise an ihr mitwirkt, so muß auch diese Voraussetzung erfüllt sein.

(2) Betreffen die besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse hingegen ausschließlich die Schuld, so ist das Gesetz nur auf die Beteiligten anzuwenden, bei denen diese Eigenschaften oder Verhältnisse vorliegen.'

Deze bepaling maakt in de eerste plaats onderscheid tussen (dader)kwaliteiten die het *onrecht* van het feit betreffen en kwaliteiten die uitsluitend op de *schuld* betrekking hebben.

Voor een '*schuldgeprägtes*' kwaliteitsdelict ligt het eenvoudig. Bij deze kwaliteitsdelicten is, zo blijkt uit lid 2, alleen degene die zelf over de kwaliteit beschikt aansprakelijk.¹³⁰ De kwaliteit heeft dan dus slechts persoonlijke werking. Standaardvoorbeeld is de kindermoord:

Indien de moeder onder de vrees voor ontdekking van haar bevalling haar kind bij de geboorte doodt en daartoe is aangezet door de vader van het kind, is het geprivilegieerde delict kinderdoodslag alleen van toepassing op de moeder.

Op '*unrechtsgeprägten Sonderdelikte*' is lid 1 van toepassing, dat een tamelijk ingewikkelde regeling bevat. De eerste zin van lid 1 breidt de aansprakelijkheid uit tot alle delictsbetrokkenen: alle betrokkenen zijn strafbaar wegens het kwaliteitsdelict - met hetzelfde strafmaximum - ongeacht of zij de kwaliteit bezitten. Een niet-ambtenaar kan dus 'Bestimmungstäter' van een ambtsdelict zijn; voor hem geldt hetzelfde strafmaximum als voor de onmiddellijke dader. *Kwalitatieve* accessoriteit is ook hier weer niet vereist. Irrelevant is, bijvoorbeeld, of de onmiddellijke dader het voor strafbaarheid vereiste subjectieve bestanddeel vervult (de 'Bestimmungstäter', of de 'Beitragstäter', moet dat bestanddeel natuurlijk wel vervullen); voldoende is dat hij de objectieve delictsgedraging verricht.

In het zojuist gegeven voorbeeld van het ambtsdelict beschikt de onmiddellijke dader over de kwaliteit (hij is ambtenaar). De *hoofdregel* is echter dat dit geen vereiste is en dat de kwaliteit dus ook bij slechts de 'Bestimmungstäter' of de 'Beitragstäter' aanwezig kan zijn.¹³¹ Een kwaliteitsdrager kan 'Bestimmungstäter' zijn van het kwaliteitsdelict ook indien de onmiddellijke dader die de uitvoerings-handeling verricht, die kwaliteit mist. In dat geval is bovendien de onmiddellijke dader óók strafbaar wegens het kwaliteitsdelict, aangenomen dat hij overigens de delictsomschrijving vervult (bijvoorbeeld het vereiste opzet heeft).

De tweede zin van lid 1 regelt twee *uitzonderingen* op de hoofdregel dat de kwaliteit niet bij de onmiddellijke dader aanwezig hoeft te zijn. De eerste betreft de zogenaamde 'eigenhändige' delicten, waarbij het specifieke onrecht daarvan afhangt, dat de kwaliteitsdrager in eigen persoon het delict uitvoert ('die Tat unmittelbar ausführt'): de onmiddellijke dader moet dus over de kwaliteit beschikken. Een klassiek voorbeeld van een dergelijk delict is bloedschande ex § 211 öStGB:

¹³⁰ Over deze hoofdregel bestaat geen discussie, wel over de vraag welke delicten 'schuldgeprägt' zijn.

¹³¹ Zie OGH 30.06.1986, 10 Os 76/85. Volgens een minderheidsopvatting is 'Bestimmungstäterschaft' of 'Beitragstäterschaft' aan een kwaliteitsdelict alleen mogelijk indien de kwaliteit bij de onmiddellijke dader aanwezig is. Zo bijvoorbeeld Kienapfel (2009), p. 258 e.v.; Fuchs 2008, p. 328 e.v. Zie over deze discussie Engert 2005, p. 122 e.v.; Schöberl 2006, p. 214.

De schoonmaakster die op wacht staat terwijl broer en zus seksuele gemeenschap hebben, is strafbaar als ‘Beitragstäter’ aan bloedschande. De zus die op wacht staat terwijl de broer gemeenschap heeft met de schoonmaakster is niet strafbaar(!)

Bij deze ‘eigenhandige’ delicten is weer niet vereist dat de onmiddellijke dader zelf strafbaar is; in geval van een opzetdelict hoeft hij zelf geen opzet te hebben.

In dat laatste zit het verschil met de tweede uitzondering op de hoofdregel: delicten waarbij het specifieke onrecht daarvan afhangt, dat de kwaliteitsdrager ‘sonst in bestimmter Weise ... mitwirkt.’ Daarmee worden de delicten bedoeld waarbij het specifieke onrecht alleen dan aanwezig is indien de onmiddellijke dader over de kwaliteit beschikt én het voor strafbaarheid vereiste opzet heeft. Aan die voorwaarden moet voldaan zijn wil een ander als ‘Bestimmungstäter’ of als ‘Beitragstäter’ aan een dergelijk kwaliteitsdelict strafbaar zijn. Deze uitzondering ziet met name op ‘Untreue’ (§ 153 öStGB) en ‘Amtsmissbrauch’ (§ 302 öStGB). Voor strafbaarheid wegens ‘Bestimmungs’- of ‘Beitragstäterschaft’ aan ambtsmisbruik is dus ten eerste vereist dat de onmiddellijke dader ambtenaar is. Daarnaast dient hij opzet te hebben: hij moet weten dat hij zijn ambt misbruikt.¹³²

5 Daderschap en poging

5.1 Inleiding

§ 15 öStGB regelt de strafbaarheid van de poging:

‘§ 15. (1) Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.

(2) Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 12), durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung bestätigt.

(3) Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn die Vollendung der Tat mangels persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, die das Gesetz beim Handelnden voraussetzt, oder nach der Art der Handlung oder des Gegenstands, an dem die Tat begangen wurde, unter keinen Umständen möglich war.’

Uit § 15 Abs 1 öStGB blijkt dat de poging tot een strafbaar feit strafbaar is. De poging is bij elk feit strafbaar, zowel bij ‘Verbrechen’ als bij (de lichtere) ‘Vergehen’. Verder geldt het strafmaximum dat op het voltooide delict staat.¹³³ Absatz 1 maakt onderscheid tussen de poging (‘Versuch’) en betrokkenheid bij of deelneming aan een poging (‘Beteiligung an einem Versuch’).

¹³² Zie § 302 öStGB: ‘(1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich mißbraucht’.

¹³³ Wel is het niet-voltooid zijn een omstandigheid die bij het bepalen van de straf in aanmerking moet worden genomen (§ 34 Abs 1 Z 13 öStGB). Zie hierna par. 7 over de strafverlagingsgronden.

5.2 Strafbaarheid van poging

‘Beteiligung an einem Versuch’

In de eerste plaats is de poging door de onmiddellijke dader strafbaar. Strafbaar is ook de ‘Beteiligung an einem Versuch.’ Dit ziet op de strafbaarheid van de ‘Bestimmungstäter’ en de ‘Beitragstäter’ ingeval de uitvoeringshandeling, verricht door de onmiddellijke dader, in het pogingsstadium blijft steken: ‘Bestimmung’ tot een poging en ‘Beitrag’ aan een poging.

A heeft B overgehaald in te breken. Terwijl B in de woning is en een goed wil wegnemen, wordt hij betrapt. B is strafbaar wegens poging als onmiddellijke dader; A is strafbaar wegens poging als ‘Bestimmungstäter’.

Niet vereist is weer dat de onmiddellijke dader zélf bestraft kan worden. Of deze bijvoorbeeld zonder enige schuld heeft gehandeld, doet voor de strafbaarheid van de ‘Bestimmungstäter’ of de ‘Beitragstäter’ niet ter zake. Wel ontbreekt strafbaarheid, zie § 15 Abs 3 öStGB, indien de onmiddellijke dader zich schuldig maakt aan een absoluut ondeugdelijke poging; dan zijn ‘Bestimmungstäter’ en ‘Beitragstäter’ evenmin strafbaar.

‘Versuchte Beteiligung’

In een ‘zuiver’ eenheidsdadersysteem, waarin iedere betrokkene naar ‘eigenes Unrecht und eigene Schuld’ aansprakelijk is en waarbij alle daderschapsvormen gelijkwaardig zijn, lijkt het voor de hand te liggen dat een poging tot daderschap strafbaar is, ongeacht de daderschapsvorm. Het Oostenrijkse strafrecht heeft daar niet voor gekozen. § 15 Abs 2 öStGB bepaalt: ‘Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie *auszuführen* oder *einen anderen dazu zu bestimmen* (§ 12), durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung bestätigt.’ Een poging door de onmiddellijke dader is vanzelfsprekend strafbaar; eveneens strafbaar is degene die poogt een ander te ‘bestimmen’ tot een strafbare handeling.

A schrijft B een brief met daarin het verzoek om C te doden. B besluit niets te doen. B is niet strafbaar; A is strafbaar wegens ‘Bestimmungsversuch’.

§ 15 Abs 2 öStGB noemt echter niet de poging tot ‘Beitragstäterschaft’ en deze poging is - a contrario geredeneerd - dan ook niet strafbaar.

A wil C doden. A vertelt B van zijn plan en verzoekt hem een wapen te verschaffen. B geeft A het wapen, maar A doet niets. A is niet strafbaar (nog geen poging). B is evenmin strafbaar: hij poogt ‘Beitragstäter’ te zijn aan een strafbaar feit, maar nu zelfs geen poging tot dat feit is gevolgd, is hij niet strafbaar.

Opzet bij de onmiddellijke dader vereist?

Bij ‘Bestimmungstäterschaft’ en ‘Beitragstäterschaft’ aan een poging (dus ‘Beteiligung an einem Versuch’) speelt nog een interessante vraag. Punt van discussie in de literatuur is of in dat geval de onmiddellijke dader opzet (op de voltooiing van het delict) moet hebben, of dat een ‘objektiver Versuch’ (of ‘faktischer Versuch’) volstaat, dat wil zeggen ongeacht of de onmiddellijke dader dat opzet heeft. Zoals eerder bleek, is het voor ‘Bestimmungstäterschaft’ en ‘Beitragstäterschaft’ bij een voltooid opzetdelict irrelevant of de onmiddellijke dader opzettelijk heeft gehandeld (geen

kwalitatieve accessoriteit, maar ‘faktische Bezogenheit’). De vraag is dus of dat eveneens geldt in geval van een poging. Geïllustreerd aan de hand van het eerder besproken ‘Lolita-fall’:

A stelt aan B een kamer ter beschikking waar B seksuele gemeenschap zal bedrijven met een 13-jarig meisje. A kent de ware leeftijd van het meisje, B daarentegen denkt dat zij 14 jaar is, waardoor bij hem het voor het delict ex § 206 öStGB vereiste opzet ontbreekt. B is al in het uitvoeringsstadium op het moment dat hij betrapt wordt. B is niet strafbaar wegens poging omdat hij geen opzet heeft. Is A desalniettemin strafbaar als ‘Beitragstäter’ aan een poging?

Volgens een minderheidsopvatting kan van een objectieve poging begripsmatig geen sprake zijn indien de onmiddellijke dader geen opzet heeft.¹³⁴ Ingeval van ‘Bestimmungstäterschaft’ maakt dat in die zin niets uit, dat er dan sprake is van een strafbare poging tot ‘Bestimmungstäterschaft’ (geen ‘Bestimmung’ tot poging, maar poging tot ‘Bestimmung’). In geval van ‘Beitragstäterschaft’ leidt dit wel tot straffeloosheid, omdat de poging tot ‘Beitragstäterschaft’ niet strafbaar is (zie hierboven). In het voorbeeld zou A dan ook niet strafbaar zijn. De heersende mening luidt echter dat de onmiddellijke dader geen opzet hoeft te hebben; er is geen reden om af te wijken van de lijn die gevolgd wordt bij het voltooide delict.¹³⁵ Het OGH heeft zich daarbij aangesloten:

‘Aus der Versuchsdefinition des § 15 Abs 2 StGB wird die sogenannte limitierte quantitative Akzessorität der Beihilfe abgeleitet. Danach setzt die Strafbarkeit wegen Beitragstäterschaft (erst) ein, sobald die (geförderte) Tat des unmittelbaren Täters zumindest (*objektiv* [curs.toegevoegd]) das Versuchsstadium erreicht.’¹³⁶

Voldoende is dus dat de uitvoeringshandeling van de onmiddellijke dader ‘objektiv’ het pogingsstadium heeft bereikt; of de onmiddellijke dader opzet heeft, is niet van belang. In het voorbeeld is A strafbaar, als ‘Beitragstäter’, wegens poging.

5.3 *Vrijwillig terugtreden*

Vrijwillig terugtreden leidt tot straffeloosheid:

‘§ 16. (1) Der Täter wird wegen des Versuches oder der Beteiligung daran nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt oder, falls mehrere daran beteiligt sind, verhindert oder wenn er freiwillig den Erfolg abwendet.

(2) Der Täter wird auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.’

Vrijwillig terugtreden is een *persoonlijke* strafuitsluitingsgrond. Indien de onmiddellijke dader vrijwillig terugtreedt, laat dat de strafbaarheid van andere daders onverlet. Dat past in het eenheidsdadersysteem (bestrafing wegens ‘eigenes Unrecht und eigene Schuld’). Als (alleen) de onmiddellijke dader vrijwillig

¹³⁴ Kienapfel & Höpfel 2009, p. 250.

¹³⁵ Schöberl 2006, p. 209.

¹³⁶ OGH 23.12.1993, 15 Os 165/93.

terugtreedt, is er geen reden de andere daders daarvan te laten profiteren. Van belang is dat ook 'Bestimmungstäter' en 'Beitragstäter' door vrijwillig terugtreden aan strafbaarheid kunnen ontkomen. Indien de 'Bestimmungstäter' de onmiddellijke dader, wiens gedraging het uitvoeringsstadium heeft bereikt, tegenhoudt, gaat hij vrijuit.

A zet B aan C dood te schieten. Op het moment dat B de trekker wil overhalen, slaat A het wapen uit zijn hand. B is strafbaar wegens poging. A is 'Bestimmungstäter' van deze poging, maar niet strafbaar wegens vrijwillig terugtreden.

Het gegeven dat alle daders - niet alleen de onmiddellijke dader - door vrijwillig terugtreden vrijuit kunnen gaan, past ook goed in het eenheidsdadersysteem. Als alle daderschapsvormen gelijkwaardig zijn, zou het vreemd zijn indien de ene dader wel door vrijwillig terugtreden vrijuit kan gaan, en de andere dader die mogelijkheid niet heeft.

6 *Strafbaarheid van rechtspersonen*

In 2005 is het 'Bundesgesetz über die Verbandsverantwortlichkeit' (VbVG)¹³⁷ tot stand gekomen. De wet regelt onder welke voorwaarden 'Verbände' aansprakelijk kunnen zijn voor strafbare feiten, welke sancties kunnen worden opgelegd alsmede de strafprocessuele aspecten. Hoewel de strafbaarheid niet is beperkt tot rechtspersonen ('Juristische Personen'), wordt hier gemakshalve wel steeds deze term gebruikt.¹³⁸ De rechtspersoon kan in beginsel elk strafbaar feit begaan, zowel de feiten uit het 'Strafgesetzbuch' als die uit bijzondere wetten. De wet geeft zelf aan onder welke voorwaarden een rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk is:

§ 3. (1) Ein Verband ist unter den weiteren Voraussetzungen des Abs 2 oder des Abs 3 für eine Straftat verantwortlich, wenn

1. die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder
2. durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.

(2) Für Straftaten eines Entscheidungsträgers ist der Verband verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat.

(3) Für Straftaten von Mitarbeitern ist der Verband verantwortlich, wenn

1. Mitarbeiter den Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbild entspricht, rechtswidrig verwirklicht haben; der Verband ist für eine Straftat, die vorsätzliches Handeln voraussetzt, nur verantwortlich, wenn eine Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt hat; für eine Straftat, die fahrlässiges Handeln voraussetzt, nur, wenn Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen haben; und

2. die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht

¹³⁷ BGBl I 2005/151 – VbVG.

¹³⁸ Zie § 1 (2): 'Verbände im Sinne dieses Gesetzes sind juristische Personen sowie Personenhandels-gesellschaften, Eingetragene Erwerbsgesellschaften und Europäische wirtschaftliche Interessen-vereinigungen. Geen 'Verbände' in de zin van deze wet zijn, aldus § 1 (3): 1. die Verlassenschaft; 2. Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln; 3. anerkannte Kirchen, Religionsgesellschaften und religiöse Bekenntnisgemeinschaften, soweit sie seelsorgerisch tätig sind.

gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben.

(4) Die Verantwortlichkeit eines Verbandes für eine Tat und die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern oder Mitarbeitern wegen derselben Tat schließen einander nicht aus.'

De regeling knoopt aan bij de gedragingen van natuurlijke personen. De rechtspersoon kan langs twee wegen aansprakelijk gesteld worden: via gedragingen van 'Entscheidungsträger' en via gedragingen van 'Mitarbeiter'¹³⁹ (in beide gevallen onder de voorwaarde zoals geformuleerd in lid 1, zie hierna).

De rechtspersoon is aansprakelijk voor een strafbaar feit van een leidinggevende wanneer deze, als zodanig, het feit wederrechtelijk en verwijtbaar begaan heeft ('rechtswidrig und schuldhaft', § 3 Abs 2 VbVG). De leidinggevende moet in dat geval dus zelf een strafbare daad zijn (delictsomschrijving vervullen bij afwezigheid van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden). Het door de leidinggevende begane feit bepaalt de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Heeft de leidinggevende een opzetdelict begaan, dan is de rechtspersoon voor dat opzetdelict aansprakelijk.

Loopt de aansprakelijkheid via (lagere) werknemers, dan moet aan twee voorwaarden zijn voldaan (§ 3 Abs 3 VbVG). Ten eerste moet de werknemer een strafbare gedraging verrichten (een 'Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbild entspricht, rechtswidrig verwirklicht haben'). Hij hoeft niet verwijtbaar gehandeld te hebben. Ook hoeft niet vastgesteld te kunnen worden welke werknemer deze gedraging heeft verricht. Mogelijk is dan ook dat meerdere werknemers gezamenlijk het feit begaan. De schuldvorm van de werknemer(s) bepaalt de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. De rechtspersoon kan alleen een opzetdelict begaan, indien de werknemer opzet heeft. Aansprakelijkheid voor een culpoos delict vereist dat de werknemer onvoorzichtig heeft gehandeld. Een strafbare gedraging van een medewerker kan echter alleen tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon leiden indien - tweede voorwaarde - deze gedraging mogelijk of gemakkelijker is gemaakt door onzorgvuldig gedrag van een leidinggevende. Daarbij moet in het bijzonder gedacht worden aan het nalaten van 'wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten'. De leidinggevende moet in zoverre een zorgplichtschending te verwijten zijn.

¹³⁹ De wet regelt in § 2 welke personen gelden als 'Entscheidungsträger' en 'Mitarbeiter':

§ 2. (1) Entscheidungsträger im Sinne dieses Gesetzes ist, wer

1. Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder Prokurist ist oder aufgrund organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise dazu befugt ist, den Verband nach außen zu vertreten,
2. Mitglied des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsrates ist oder sonst Kontrollbefugnisse in leitender Stellung ausübt, oder
3. sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt.

(2) Mitarbeiter im Sinne dieses Gesetzes ist, wer

1. auf Grund eines Arbeits-, Lehr- oder anderen Ausbildungsverhältnisses,
2. auf Grund eines dem Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr. 105/1961, unterliegenden oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses,
3. als überlassene Arbeitskraft (§ 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes – AÜG, BGBl. Nr. 196/1988) oder
4. auf Grund eines Dienst- oder sonst eines besonderen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses Arbeitsleistungen für den Verband erbringt.

Ongeacht langs welke weg de aansprakelijkheid wordt aangenomen, is een algemeen vereiste dat de gedraging (van de leidinggevende of de medewerker) ten gunste van de rechtspersoon is verricht dan wel dat door de gedraging plichten zijn verzuimd die op de rechtspersoon rusten (§ 3 Abs 1 VbVG). Of de rechtspersoon in verzuim is hangt af van het werkterrein van de rechtspersoon. De verplichtingen worden vooral bepaald door het privaatrecht en bestuursrecht (milieunormen, arbeidsrechtelijke normen enz.) Op de rechtspersoon rust dus geen algemene zorgplicht tot het voorkomen van strafbare feiten.¹⁴⁰

De wet bepaalt expliciet dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor een strafbaar feit en de aansprakelijkheid van leidinggevend en werknemers wegens hetzelfde feit, elkaar niet uitsluiten (§ 3 Abs 4 VbVG).

Uit bovenstaande blijkt dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon steeds een door een natuurlijke persoon begaan strafbaar feit veronderstelt; ingeval de aansprakelijkheid wordt gebaseerd op het strafbare feit van een ‘Entscheidungs-träger’ dient deze zelfs een strafbare dader te zijn. De kwalitatieve accessoriteit die in het Oostenrijkse eenheidsdadersysteem verder buiten beeld blijft, duikt zo in zekere zin bij de rechtspersoon opeens weer op. De introductie van de strafbaarheid van rechtspersonen heeft niet tot een nieuwe aansprakelijkheidsconstructie voor natuurlijke personen geleid en dus ook niet tot een constructie waarbij de strafbaarheid van de natuurlijke persoon afhangt van een strafbare gedraging gepleegd door de rechtspersoon; de constructie is min of meer omgekeerd.

7 Bijzondere strafverhogings- en strafverlagingsgronden

7.1 Inleiding

Voor alledrie de daderschapsvormen geldt hetzelfde strafmaximum.¹⁴¹ De precieze waardering van het gewicht en de strafwaardigheid van iemands bijdrage aan het delict vindt - geheel conform het idee van het eenheidsdadersysteem - pas bij de straftoemeting plaats. § 32 öStGB formuleert de *algemene* straftoemetingsbepaling:

‘§32. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.

(2) Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen nahelegen könnte.

(3) Im allgemeinen ist die Strafe umso strenger zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebracht werden können.’

¹⁴⁰ Kienapfel & Höpfel 2009, p. 312, 313.

¹⁴¹ Voor de ‘Verbrechen’ – de (zwaardere) delicten met een maximumstraf van drie jaar of meer (§ 17 öStGB) – gelden specifieke minimumstraffen.

Daarnaast zijn in de §§ 33 en 34 öStGB een groot aantal *bijzondere* strafverhogings- en –verlagingsgronden geformuleerd. Sommige daarvan zien specifiek op situaties van meer delictsbetrokkenen:

‘§33. Ein Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter
(...)

3. einen anderen zur strafbaren Handlung verführt hat;

4. der Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung oder an einer solchen Tat führend beteiligt gewesen ist.

(...)

§ 34. Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter
(...)

4. die Tat unter der Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat;

(...)

6. an einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung nur in untergeordneter Weise beteiligt war.’

Met behulp van - onder meer - deze bepalingen kan de straf afgestemd worden op ieders bijdrage, ‘nach dem Maß des Unrechts und der Schuld des einzelnen Täters.’ De bepalingen fungeren als een soort rechtsstatelijke compensatie voor de eenheid (ongedifferentieerdheid) van de verschillende daderschapsvormen op dogmatisch niveau. Zij zijn niet expliciet gekoppeld aan de verschillende daderschapsvormen, dat wil zeggen: een bepaalde verhogings- of verlagingsgrond is niet expliciet betrokken op een of meer bepaalde daderschapsvormen. De in de verschillende gronden gebruikte termen, zoals ‘verführen’ of ‘anstiften’, komen niet voor in de daderschapsbepaling van § 12 öStGB. Wel zijn bepaalde gronden voor de ene daderschapsvorm meer relevant dan voor de andere.

Zoals hierna nog zal blijken, is in dit kader het zogenaamde ‘Doppelverwertungsverbot’ van belang. Dit verbod, opgenomen in de *algemene* straftoemeteringsbepaling (§ 32 Abs 2 öStGB), houdt in dat bij de straftoemetering de strafverhogings- en strafverlagingsgronden tegenelkaar dienen te worden afgewogen ‘soweit sie nicht schon die Strafdrohung *bestimmen*’. Indien een omstandigheid constitutief voor de strafbaarheid is, kan diezelfde omstandigheid dus niet ook nog eens als verhogende omstandigheid in aanmerking komen.¹⁴²

In verband met deze strafverhogings- en –verlagingsgronden (alsmede andere wettelijke straftoemeteringsfactoren) voorziet de wet in een bijzondere, voor het OGH in te roepen ‘Nichtigkeitsgrund’.¹⁴³ De lagere rechter heeft hier echter een zekere vrijheid. Volgens § 281 Abs 1 Z 11 öStPO is zijn uitspraak immers slechts dan nietig, indien deze ‘*in unvertretbarer Weise* gegen Bestimmungen über die Strafzumessung verstoßen hat’.

¹⁴² Zie hierover Wiener Kommentar 2006 (Ebner), § 32 Rn. 59 e.v.

¹⁴³ Over nietigheidsklachten zie verder par. 8.2.

7.2 De verschillende strafverhogings- en verlagingsgronden

§ 33 Abs 1 Z 3 öStGB

Volgens § 33 Abs 1 Z 3 öStGB werkt het ‘verführen’, verleiden, van de ander tot een strafbaar feit strafverzwarend. Deze grond is eigenlijk alleen voor de ‘Bestimmungstäter’ van belang. Aanvankelijk leek het OGH echter op het standpunt te staan dat de toepassing van die grond bij ‘Bestimmungstäterschaft’ in strijd is met het zojuist genoemde ‘Doppelverwertungsverbot’.¹⁴⁴ In een zaak waarin de verdachte een ander tot meeneed had aangezet en dus als ‘Bestimmungstäter’ was aangemerkt, oordeelde het OGH dat:

‘die Verführung (Verleitung) des Markus E zur falschen Beweisaussage nicht gesondert als erschwerend zu werten ist, weil gerade darin der ausschließliche Schuldvorwurf liegt.’¹⁴⁵

Het OGH heeft echter zijn opvatting gewijzigd en uitgesproken dat het aannemen van ‘Bestimmungstäterschaft’ de toepassing van deze strafverhogingsgrond niet in de weg staat:

‘Die Verführung eines anderen zur Begehung einer Straftat wirkt auch für den Bestimmungstäter stets erschwerend.’¹⁴⁶

Door sommige auteurs wordt wel gesproken van een *dwingende* toepasselijkheid van deze strafverhogingsgrond in geval van ‘Bestimmungstäterschaft’: de grond zou steeds toegepast moeten worden in geval van ‘Bestimmungstäterschaft’, hetgeen eigenlijk toch niet te rijmen is met het ‘Doppelverwertungsverbot’.¹⁴⁷ Het leidt er ook toe dat de verschillende daderschapsvormen uiteindelijk toch niet gelijkwaardig zijn, in die zin dat bij het ‘Bestimmungstäterschaft’ altijd deze strafverhogingsgrond geldt. Uit de rechtspraak volgt echter geenszins de dwingende toepasselijkheid van deze grond. Het OGH stelt niet - zie het citaat - dat deze strafverhogingsgrond steeds toegepast moet worden in geval van ‘Bestimmungstäterschaft’. Het OGH heeft alleen uitgesproken dat de ‘Verführung eines anderen zur Begehung einer Straftat’ ook voor de ‘Bestimmungstäter’ steeds strafverhogend werkt. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het ‘Bestimmen’ van een ander tot een strafbaar feit per definitie het ‘Verführen’ van een ander tot een strafbaar feit is en dus tot strafverhoging leidt. Dat blijkt ook uit de rechtspraak, waarin het ‘Verführen’ enigszins gekwalificeerd wordt ten opzichte van het ‘Bestimmungstäterschaft’:

‘Die von der Staatsanwaltschaft als Erschwerungsgrund bei den Angeklagten Ansfried Wilhelm L***** und Robert W***** geltend gemachte Bestimmung anderer zur Straftat entspricht angesichts des daran anschließenden gemeinsamen arbeitsteiligen Zusammenwirkens aller Beteiligten nicht einem Verführen nach § 33 Z 3 StGB, welches nur bei einer akzentuierten Einwirkung im Sinne der Schaffung eines besonderen Anreizes zur Tat vorliegt’¹⁴⁸

¹⁴⁴ Engert 2005, p. 72 e.v.

¹⁴⁵ OGH 21.04.1989, 16 Os 1/89.

¹⁴⁶ OGH 27.06.1991, 15 Os 172/94.

¹⁴⁷ Engert 2005, p. 73 e.v.

¹⁴⁸ OGH 05.06.2003, 12 Os 15/03.

‘Bestimmungstäterschaft’ impliceert dus nog niet de toepasselijkheid van deze strafverhogingsgrond; daarvoor is meer nodig.¹⁴⁹ Van een schending van het ‘Doppelverwertungsverbot’ is dan ook geen sprake.

§ 33 Abs 1 Z 4 öStGB

Ook strafverzwarend werkt volgens §33 Abs 1 Z 4 öStGB dat de dader ‘der Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung oder an einer solchen Tat führend beteiligt gewesen ist.’ De grond is verwant met de strafverhogingsgrond ex § 33 Abs 1 Z 3 öStGB. Toepassing van deze grond veronderstelt echter dat het strafbare feit door meerdere personen begaan is. Daarmee wordt in dit verband bedoeld dat er naast de ‘Anstifter’ of ‘Urheber’ nog meer - tenminste twee¹⁵⁰ – daders zijn.¹⁵¹ Hoewel de bepaling vooral op situaties van ‘Bestimmungstäterschaft’ ziet, kan zij ook relevant zijn voor onmiddellijke mededaders. Men denke aan degene die niet alleen een ‘wortlautkonforme’ uitvoeringshandeling verricht, maar ook het criminele plan heeft bedacht en mededaders heeft aangetrokken. Het enkele feit van onmiddellijk mededaderschap valt echter niet onder §33 Z 4:

‘die Tatbegehung in Gesellschaft eines Mittäters für sich allein [erreicht] noch nicht das Gewicht eines besonderen Erschwerungsumstandes, der nach § 33 Z 4 StGB zusätzliche Täterkriterien voraussetzt.’¹⁵²

Ook bij deze strafverhogingsgrond heeft de vraag gespeeld of toepassing ervan wel terecht is bij ‘Bestimmungstäterschaft’ vanwege de mogelijke strijd met het ‘Doppelverwertungsverbot’. Het OGH ziet op dit punt echter geen beletsel.¹⁵³ Dat bevreedt in die zin niet, dat hier toch al de extra eis geldt dat het feit door meerdere daders moet zijn begaan. Bovendien is ook in dat geval § 33 Z 4 öStGB niet zonder meer aan de orde:

‘Die Wertung der - bereits strafbegründenden - Urheberschaft an der Tat als Erschwerungsgrund bedeutet nur dann einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot (...) wenn der Angeklagte ausschließlich wegen Bestimmung eines anderen zur Tat schuldig erkannt wurde. Verantwortet der Bestimmungstäter jedoch zusätzlich noch die Leistung eines sonstigen Tatbeitrages, der infolge seiner Subsidiarität in der Bestimmungstäterschaft aufgeht, so ist dieser mehrfache Tatbeitrag als erschwerend zu berücksichtigen.’¹⁵⁴

‘Bestimmungstäterschaft’ alléén is voor het zijn van ‘Urheber’ dus onvoldoende; in combinatie met het leveren van een andere bijdrage aan het delict kan daarvan wel sprake zijn. In zijn algemeenheid oordeelt het OGH hierover:

‘Der Erschwerungsgrund, Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung gewesen zu sein, setzt eine dominante Bedeutung des Bestimmungstäters voraus, die

¹⁴⁹ Zie ook Wiener Kommentar 2006 (Ebner), § 33 Rn. 14.

¹⁵⁰ OGH 04.11.2008, 11 Os 129/08t.

¹⁵¹ Zie hierover Wiener Kommentar 2006 (Ebner), § 33 Rn 16. Onduidelijk is of er meer *onmiddellijke* (mede)daders moeten zijn.

¹⁵² OGH 06.04.1993, 11 Os 12/93.

¹⁵³ OGH 13.11.2008, 15 Os 142/08h.

¹⁵⁴ OGH 25.04.1990, 11 Os 27/90.

einer führenden Beteiligung an der Tat gleichwertig ist. (Dies war hier nicht der Fall, weil der Anstifter an der Tatausführung nicht unmittelbar mitwirkte und der unmittelbare Täter ohnedies schon allgemein zu einem Vermögensdelikt entschlossen gewesen war).'¹⁵⁵

Uitgebreide overwegingen over de precieze betekenis van de begrippen 'Anstifter' en 'Urheber' (en hun onderlinge verhouding) treft men in de rechtspraak van het OGH niet aan. Dat geldt evenzeer voor het 'führend beteiligt gewesen' zijn bij het (door meerdere personen) begane delict. Deze grond veronderstelt niet dat de dader een uitvoeringshandeling heeft verricht en kan onder omstandigheden ook op een 'Beitragstäter' toegepast worden. Waar het om gaat, aldus het OGH, is dat de dader 'eine besonders hervorragende Rolle gespielt hat.'¹⁵⁶

§ 34 Abs 1 Z 4 öStGB

Volgens § 34 Abs 1 Z 4 öStGB is het een strafverminderingsgrond 'wenn der Täter die Tat unter der Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat.' Deze grond is in de eerste plaats van belang voor de onmiddellijke (alleen)dader. Aan § 34 Abs 1 Z 4 öStGB ligt de gedachte ten grondslag dat de schuld van de dader geringer is indien hij door de invloed van een ander tot het begaan van een delict overgaat, dan wanneer de dader het criminele wilsbesluit zonder druk van buiten neemt.¹⁵⁷ Maar de invloed van de ander moet wel van voldoende kracht zijn. Het enkele feit dat een ander de dader tot het strafbare feit 'bestimmt' heeft, maakt deze grond nog niet toepasselijk. In zijn algemeenheid zegt het OGH hierover:

'Der Milderungsgrund des § 34 Z 4 StGB ist nicht immer schon dann gegeben, wenn die Tatausübung auf die Bestimmung eines Dritten zurückzuführen ist. Erst wenn der bestimmende Einfluß so geartet ist, daß den Umständen nach auch ein maßgerechter Charakter zur Tat gedrängt werden konnte, kommt ihm mildernde Wirkung zu.'¹⁵⁸

§ 34 Abs 1 Z 6 öStGB

Volgens § 34 Abs 1 Z 6 öStGB is het een strafverminderingsgrond indien de dader bij het delict 'nur in untergeordneter Weise beteiligt war'. In dat geval, zo is de gedachte, is bij de dader in het algemeen sprake van een 'wesentlichen Herabsetzung des Bewußtseins der eigenen Verantwortlichkeit'.¹⁵⁹ Het OGH heeft meermalen uitgesproken dat deze grond bij elke daderschapsvorm van toepassing kan zijn.¹⁶⁰ Hij is echter vooral voor de 'Beitragstäter' van belang. Tegelijk heeft het OGH geoordeeld dat deze grond niet automatisch van toepassing is op deze dader:

¹⁵⁵ OGH 08.04.1992, 13 Os 29/92. Onvoldoende is het enkele opperen van het idee het feit te plegen; zie OGH 14.02.1978, 11 Os 6/78.

¹⁵⁶ OGH 12.12.1985, 12 Os 126/85.

¹⁵⁷ Engert 2005, p. 57. Zie nader over deze grond Wiener Kommentar 2006 (Ebner), § 34 Rn 11-13.

¹⁵⁸ OGH 06.03.1996, 13 Os 183/95; zie ook OGH 27.04.1982, 10 Os 49/82. A fortiori is onvoldoende dat iemand zich door de uitlatingen van een ander gesterkt voelt om het delict te plegen; zie OGH 16.10.1997, 12 Os 101/97.

¹⁵⁹ Vgl. OGH 20.10.1987, 15 Os 136/87; zie nader Wiener Kommentar 2006 (Ebner), § 34 Rn 15-17.

¹⁶⁰ Zie bijv. OGH 29.07.1994, 15 Os 114/94.

‘Vorweg ist anzumerken, daß die Tatsache, daß “nur” Beitragstäterschaft iS des § 12, dritter Fall StGB vorliegt, wegen der rechtlichen Gleichwertigkeit aller im § 12 angeführten Beteiligungsformen (...) für sich allein keinen Milderungsgrund darstellt.’¹⁶¹

Dat ligt in zoverre voor de hand, dat het ‘Beitragstäterschaft’ een ruim bereik heeft en de onder deze daderschapsvorm vallende vormen van betrokkenheid van zeer verschillend gewicht kunnen zijn (zie par. 3.4). Het OGH heeft zich niet in algemene zin uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van ondergeschikte betrokkenheid. De op deze grond betrekking hebbende uitspraken betreffen vooral het op de uitkijk staan (meestal bij inbraken en berovingen¹⁶²), en soms het enkele vervoeren van de uitvoeringsdader naar de plaats van het delict of het wegvoeren van de buit. Een tweetal voorbeelden:

‘Davon, daß der Berufungswerber an der Tat bloß in untergeordneter Weise beteiligt gewesen wäre (§ 34 Z 6 StGB), kann keine Rede sein, weil die Ausführung des Diebstahls, bei dem er seine Komplizin an den Tatort brachte, dort wartete, bis sie die Beute aus dem Haus der Geschädigten herausgetragen und in seinen PKW. eingeladen hatte, sowie anschließend auch den Abtransport besorgte, ohne seine Mitwirkung gar nicht möglich gewesen wäre’.¹⁶³

‘Dem Aufpasser bei einem Diebstahl eine vergleichsweise geringere Schuld schlechthin zu attestieren, ohne die Realität des konkreten Geschehens zu beachten, wäre schon deshalb verfehlt, weil oft gerade der Aufpasser ganz entscheidend zum Gelingen einer Straftat beitragen kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Schuld dessen, der, wie hier der Berufungswerber, für die Mobilität seiner Komplizen, die ungestörte Wegnahme und das rasche Wegschaffen der Sachen Sorge getragen hat, leichter wiegen soll als die derjenigen, die unter seiner Absicherung selbst ins Haus eindringen und das Diebsgut herausholen.’¹⁶⁴

De kwalificatie als ‘Beitragstäter’ vormt dus zeker geen indicatie voor de toepasselijkheid van de strafverminderingsgrond ex § 34 Abs 1 Z 6 öStGB.

De grond zou ook bij de *onmiddellijke mededader* een rol kunnen spelen. Het OGH heeft dit nooit principieel uitgesloten (het OGH heeft deze voor geen enkele daderschapsvorm uitgesloten, zie ook het citaat aan het begin). Anderzijds lijkt er toch weinig ruimte; kenmerkend voor de onmiddellijke mededader is immers dat deze een ‘fysieke’ uitvoeringshandeling verricht. In de volgende zaak ging het om twee mannen die waren veroordeeld wegens onmiddellijk mededaderschap van een zware roof. Ze hadden afwisselend op het slachtoffer ingeslagen, het slachtoffer met de dood bedreigd, de sleutel van de geldcassette afgepakt, de geldcassette geopend en het geld weggenomen. De verdachte vond dat de rechter ten onrechte de strafverminderingsgrond ex § 34 Abs 1 Z 6 öStGB niet had toegepast. Daarover zei het OGH:

‘Bei der Verübung eines Deliktes durch mehrere als Mittäter ergibt sich bereits aus dem Wesen dieser Täterschaftsform, daß die Mittäter aufeinander Einfluß üben (...), insbesondere wenn wie im vorliegenden Fall vor allem auch die besonders aktive Rolle des Angeklagten bei der Gewaltanwendung zu berücksichtigen war. Die Berufung versucht insgesamt die Aktivitäten des

¹⁶¹ OGH 03.04.1990, 15 Os 4/90.

¹⁶² Voor een geval van ‘Untreue’ (§153 öStGB) zie OGH 23.05.2002, 12Os14/01.

¹⁶³ OGH 27.04.1982, 10 Os 49/82.

¹⁶⁴ OGH 30.05.1985, 13 Os 65/85.

Angeklagten beim Raub zu minieren, scheitert damit aber bereits an dem im Wahrspruch der Geschworenen festgestellten Tatsachen.’¹⁶⁵

Slotopmerking

In het algemeen is het OGH niet erg uitvoerig in zijn beschouwingen over de hier besproken bijzondere strafverhogings- en verlagingsgronden. Het OGH sluit geen enkele daderschapsvorm van bepaalde gronden uit. Hun precieze betekenis is echter niet duidelijk. Gronden als ‘Urheber’, ‘Anstifter’ en ‘Verführen’ worden alleen in algemene termen nader aangeduid (‘dominante Bedeutung des Bestimmungstäters’, ‘akzentuierten Einwirkung im Sinne der Schaffung eines besonderen Anreizes zur Tat’). De voorwaarden waaronder een dader slechts ‘in untergeordneter Weise beteiligt’ is aan het delict worden niet omschreven. Wel wordt soms concreet aangegeven waarom een bepaalde grond niet toepasselijk is. Zo is de strafverminderinggrond ex § 34 Abs 1 Z 4 öStGB niet aan de orde enkel omdat het initiatief van een andere dader is uitgegaan.

8 *Strafprocessuele aspecten*

8.1 *Algemeen*

Het Oostenrijkse strafproces vindt plaats op basis van een dagvaarding die door het openbaar ministerie (‘Staatsanwaltschaft’) wordt opgesteld (§ 4 öStPO). In de dagvaarding dient te worden opgenomen: de tijd, plaats en omstandigheden van het verweten feit, de kwalificatie van dat feit (‘rechtliche Beurteilung’) en de overige toepasselijke regelingen, en ten slotte verwijzingen naar het bewijs (§ 211 öStPO).

Ten opzichte van Nederland is het aantal mogelijke einduitspraken beperkt. Een vrijspraak wordt in Oostenrijk niet alleen gegeven bij onvoldoende bewijs, maar ook wanneer een tenlastelegging ontbreekt of is ingetrokken, wanneer bij een klachtdelict geen klacht aanwezig is, wanneer niet alle bestanddelen van een delict zijn vervuld (dus bij niet-kwalificeerbaarheid) en wanneer een strafuitsluitingsgrond van toepassing is.¹⁶⁶

Bij een veroordeling volgt het vonnis het volgende wettelijke stramien. Het bevat ten eerste de bewezen verklaarde feiten (§ 260 Abs 1 Z 1 öStPO). De rechter is daarbij gebonden aan de tenlastelegging, in zoverre dat het daarin omschreven historische gebeuren niet mag worden overschreden. Men spreekt in dit verband van noodzakelijke ‘Identität zwischen Anklagefaktum und Urteilsfaktum’. Het vonnis kan zich hierbij beperken tot de feiten die de kwalificatie kunnen dragen.¹⁶⁷ De

¹⁶⁵ OGH 22.11.1995, 13 Os 154/95.

¹⁶⁶ Seiler 2009, p. 217-218.

¹⁶⁷ Fabrizio 2008, p. 538; Seiler 2009, p. 219. De grondslagleer en genoemde ‘Identität’ bieden wel enige armslag: ‘Das Gericht ist (...) nicht an den in der Anklageschrift dargestellten konkreten Ablauf des strafbaren Geschehens gebunden. Dieses kann sich nach Meinung des Gerichtes in Einzelheiten auch anders abgespielt haben, als die Anklage annimmt, soweit es sich um denselben Vorgang handelt, der unter Anklage gestellt wurde und über den nunmehr entschieden werden soll (EvBl 1977/157). Es ist daher ohne Belang, wenn angeklagt wurde, jemand habe einen anderen mit einer Ohrfeige zu Boden geschlagen, während in der HV [‘Hauptverhandlung’; het onderzoek ter terechtzitting] festgestellt wird, dass ihm ein Bein gestellt wurde. Als probe dient immer der Satz

tenlastelegging en bewezenverklaring moeten de verweten gedraging wel voldoende concretiseren. Een ‘bloße Wiedergabe des Gesetztextes’ is onvoldoende concreet.¹⁶⁸

Ten tweede bevat het vonnis de kwalificatie (§ 260 Abs 1 Z 2 öStPO). In deze ‘rechtliche Beurteilung’ of ‘Subsumtion’ wordt aangewezen welk strafbaar feit de bewezen verklaarde feiten opleveren. De rechter is niet gebonden aan de kwalificatie die in de tenlastelegging is opgenomen (§§ 4 Abs 3 en 262 öStPO).¹⁶⁹ Zelfs een zwaardere kwalificatie is toegestaan, mits die nog past binnen de competentie van de betreffende rechter en de verdediging de mogelijkheid heeft gehad zich tegen die mogelijk aanstaande kwalificatie te verweren (§ 262 öStPO). Aan deze eisen wordt door het OGH betrekkelijk streng de hand gehouden, mede met het oog op art. 6 EVRM.¹⁷⁰ Voor de daderschapsvormen is deze regeling echter niet van belang: door de ‘rechtliche Gleichwertigkeit’ is de ene daderschapsvorm niet zwaarder dan de andere. Zo stelt het OGH dat een tenlastelegging die zich toespitst op ‘unmittelbarer Täterschaft’ daarmee tevens het verwijt bevat van de andere daderschapsvormen.¹⁷¹ In de volgende paragraaf komt de ‘rechtliche Gleichwertigkeit’ nader aan de orde.

Ten slotte bevat het vonnis de opgelegde sanctie (§ 260 Abs 1 Z 3 öStPO), de toepasselijke wetsartikelen (§ 260 Abs 1 Z 4 öStPO) en de motivering (§§ 268 en 270 Abs 2 Z 5 öStPO). Deze motivering omvat zowel het bewijs en de bewijsconstructie, als redenen voor de concrete strafoplegging.¹⁷²

8.2 Rechtsmiddelen

In het Oostenrijkse rechtsmiddelensysteem wordt onderscheid gemaakt tussen nietigheidsklachten (‘Nichtigkeitsbeschwerde’) enerzijds en het normale hoger beroep anderzijds (§ 280 öStPO). Het OGH oordeelt over de nietigheidsklachten. De algemene klachten staan opgesomd in § 281 öStPO, waarvan de volgende van belang zijn voor het eenheidsdaderschap:

‘§ 281 öStPO

(1) Die Nichtigkeitsbeschwerde kann gegen ein freisprechendes Urteil nur zum Nachteile, gegen ein verurteilendes sowohl zum Vorteile als auch zum Nachteile des Angeklagten ergriffen werden, jedoch, sofern sie nicht nach besonderen gesetzlichen Vorschriften auch in anderen Fällen zugelassen ist, nur wegen eines der folgenden Nichtigkeitsgründe:

(...)

9.

wenn durch den Ausspruch über die Frage,

a) ob die dem Angeklagten zur Last fallende Tat eine zur Zuständigkeit der Gerichte gehörige strafbare Handlung begründe;

(...)

ein Gesetz verletzt oder unrichtig angewendet wurde;

„ne bis in idem“ und damit die Prüfung, ob der geänderte Sachverhalt eine doppelte Verurteilung zulassen würde.’ Aldus Seiler 2009, p. 215.

¹⁶⁸ Seiler 2009, p. 219. Zie ook Fabrizzy 2008, p. 538.

¹⁶⁹ Fabrizzy 2008, p. 34, 544-546, 555; Seiler 2009, p. 195, 216. Overigens is de ‘Staatsanwalt’ ook niet aan de kwalificatie gebonden; hij mag deze tussentijds wijzigen.

¹⁷⁰ Zie Fabrizzy 2008, p. 546; Seiler 2009, p. 216.

¹⁷¹ Zie o.m. OGH 31.01.2006, 11 Os 26/05s.

¹⁷² Fabrizzy 2008, p. 559-560; Seiler 2009, p. 220.

10.

wenn die der Entscheidung zugrunde liegende Tat durch unrichtige Gesetzesauslegung einem Strafgesetz unterzogen wurde, das darauf nicht anzuwenden ist;'

Samengevat gaat het om onjuiste wetsuitleg of wetstoepassing (Abs 1 Z 9 en 10). Het verschil tussen Z 9 en Z 10 ligt hierin, dat Z 9 van toepassing is bij de vraag of wel van een strafbare gedraging sprake is, en Z 10 bij de vraag of de bewezen verklaarde feiten onder een andere strafbepaling gerubriceerd hadden moeten worden (onjuiste kwalificatie).¹⁷³

De heersende opvatting in de theorie en vaste rechtspraak van het OGH, is dat een onjuiste kwalificatie ten aanzien van de daderschapsvorm geen nietigheidsgrond oplevert in de zin van § 281 Abs 1 Z 10 öStPO.¹⁷⁴ Dit laat zich goed zien in de volgende overweging van het OGH. Geklaagd werd dat de kwalificatie 'unmittelbarer Täter' (hier 'Mittäter') niet zou stroken met de aangenomen feiten.

'(...) Entgegen der vom Erstgericht vertretenen Rechtsauffassung ist der Angeklagte daher nicht als unmittelbarer Täter (Mittäter), sondern als Bestimmungstäter im Sinne der 2. Alternative des § 12 StGB zu beurteilen (...).

Der dem Schöffensenat insoweit unterlaufene Rechtsirrtum vermag jedoch im Hinblick auf die rechtliche Gleichwertigkeit der drei Täterschaftsformen des § 12 StGB (Prinzip der Einheitstäterschaft; vgl. ÖJZ-LSK. 1976/205) und die vom Erstgericht mängelfrei getroffene Feststellung aller die Beurteilung der inkriminierten Handlungsweise als Bestimmungstäterschaft ermöglichenden Tatumstände eine Urteilsnichtigkeit nach der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO nicht zu bewirken (...). Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.'¹⁷⁵

De verdachte is dus vanwege de 'rechtliche Gleichwertigkeit der drei Täterschaftsformen' niet in zijn belangen geschaad. Hetzelfde oordeel trof een verdachte die opkwam tegen het feit dat hij in het mondelinge vonnis als 'Bestimmungstäter' en later in het schriftelijke vonnis als 'unmittelbarer Täter' ('Mittäter') was bestempeld. Ook in dit geval achtte het hof 'im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Täterschaftsformen des § 12 StGB' de nietigheidsgronden niet van toepassing.¹⁷⁶

De gelijkwaardigheid van de daderschapvormen werkt volgens het OGH eveneens door in de pogingvarianten. Een verdachte die was veroordeeld als onmiddellijke dader van de 'versuchte Haupttat', beklagde zich bij het OGH dat hij aangemerkt had moeten als 'Bestimmungstäter' ('versuchte Anstiftung'), maar zonder succes. Het OGH oordeelde:

'(...) nach nunmehr bereits gefestigter Judikatur [sind] die im § 12 StGB. aufgezählten drei Erscheinungsformen des Verbrechens (Täterschaftsformen) rechtlich gleichwertig. Darnach kann es bei wertender Betrachtung wie unter dem Gesichtspunkt des Nichtigkeitsverfahrens keinen Unterschied machen, ob die Angeklagten eine versuchte Haupttat oder eine versuchte Anstiftung zu vertreten haben; ist doch gemäß § 15 Abs 2 StGB. in beiden Fällen 'die Tat' versucht!'¹⁷⁷

¹⁷³ Fabrizy 2008, p. 546; Seiler 2009, p. 280-281.

¹⁷⁴ Zie naast de hierna genoemde uitspraken tevens o.m. OGH 22.11.1977 RZ 1978, 72 (73); OGH 22.12.1986, 13 Os 168/86; OGH 11.06.1987, 13 Os 177/86; OGH 21.03.2007, 12 Os 6/07k.

¹⁷⁵ OGH 26.04.1979, 13 Os 22/79.

¹⁷⁶ OGH 13.12.2000, 13 Os 134/00.

¹⁷⁷ OGH 03.12.1981, 13 Os 176/80.

Derhalve kan niet geklaagd worden over de kwalificatie ‘poging’ die gekoppeld is aan ‘unmittelbarer Täterschaft’ terwijl dat ‘Bestimmungstäterschaft’ had moeten zijn, en andersom. Wel is het noemen van de ‘drei Erscheinungsformen des Verbrechens’, zoals het OGH hier doet, op de keper beschouwd niet helemaal juist. In het geval van poging zijn de daderschapsvormen immers niet gelijkwaardig; het ‘Beitragstäterschaft’ dat niet verder reikt dan een poging, is straffeloos (zie par. 5). Een klacht die zich op dat cruciale onderscheid toespitst, zal vermoedelijk wel gehoor vinden (in dat geval in het kader van § 281 Abs 1 Z 9 öStPO).¹⁷⁸

Het voorgaande kan worden samengevat aan de hand van twee voorbeelden van Fuchs.¹⁷⁹ Indien iemand wordt veroordeeld wegens diefstal, maar uit de feiten blijkt dat hij de zaak rechtmatig onder zich had en hij zich derhalve niet aan diefstal maar aan verduistering heeft schuldig gemaakt, kan hij op grond van § 281 Abs Z 10 öStPO inderdaad tegen de verkeerde kwalificatie opkomen. In dit geval heeft de veroordeelde het recht ‘nur wegen derjenigen strafbaren Handlung schuldig gesprochen zu werden, die er tatsächlich begangen hat, und nicht wegen eines anderen Delikts’. Dit ongeacht of voor het andere delict hetzelfde strafmaximum geldt. Wanneer iemand echter bij een overval enige straten verderop heeft staan wachten als bestuurder van de vluchtauto en is veroordeeld wegens ‘unmittelbarer Täterschaft’ aan die overval, terwijl dat gezien de feiten ‘Beitragstäterschaft’ had moeten zijn, gaat § 281 Abs Z 10 öStPO niet op. ‘Denn wegen Raubes ist er zu Recht verurteilt worden’. Een onjuiste kwalificatie van de daderschapsvorm heeft hierop geen invloed.

8.3 ‘Wahlfeststellung’

Een in een vonnis voorkomende ‘Wahlfeststellung’ is het achterwege laten van een keuze, waarbij wordt vastgesteld dat ofwel het ene opengelaten alternatief juist is, ofwel het andere. Het toestaan van een ‘Wahlfeststellung’ wordt gezien als uitzondering op het beginsel *in dubio pro reo*. Uit dat beginsel vloeit voort dat bij twijfel moet worden vrijgesproken en in de hierboven omschreven situaties is voor elk alternatief gereede twijfel.

De ‘Wahlfeststellung’ is in Oostenrijk toegestaan ‘wenn jede der wahlweise getroffenen Annahmen zu den gleichen rechtlichen Schlüssen führt’.¹⁸⁰ Zo kan worden opengelaten door welke verklaring meened werd gepleegd¹⁸¹, door welke van twee gedragingen letsel is ontstaan¹⁸² en of een dief door middel van braak of een valse sleutel is binnengedrongen.¹⁸³ Het OGH verbindt aan de gelijkwaardigheid van de daderschapsvormen ook het gevolg dat een daderschapsvormen betreffende ‘Wahlfeststellung’ wordt toegestaan. In het volgende geval had de lagere rechter geen

¹⁷⁸ Vgl. Fuchs 2008, p. 335.

¹⁷⁹ Fuchs 2008, p. 335.

¹⁸⁰ OGH 22.09.1992, 14 Os 121/92; Fabrizy 2008, p. 547. Deze mogelijkheid wordt gefaciliteerd door de mogelijkheid van een ‘Alternativanklage’, een tenlastelegging die bepaalde alternatieven openlaat. Zie Fabrizy 2008, p. 464; Seiler 2009, p. 195.

¹⁸¹ EvBl 1951/133, SSt 27/78, 33/66.

¹⁸² LSK 1977/272.

¹⁸³ Fabrizy 2008, p. 547.

keuze gemaakt, maar eenvoudigweg van ‘(Mit-)Täterschaft’ gesproken. Het OGH vond dat niet problematisch:

‘Da die in § 12 StGB angeführten Täterschaftsformen (...) rechtlich gleichwertig sind, bedeutet es keinen Nachteil, wenn ein (festgestelltes) Tatverhalten irrig als unmittelbare (Mit-)Täterschaft (§ 12 erster Fall StGB) anstatt richtig bloß als sonstiger Tatbeitrag (§ 12 dritter Fall StGB) beurteilt worden ist. So gesehen bedeutet es aber auch keinen Nachteil, wenn global von (Mit-)Täterschaft ausgegangen und nicht differenziert wird, in welchen Fällen diese Form der Täterschaft und in welchen die andere form der Täterschaft vorlag, vorausgesetzt, daß nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen jedenfalls die eine oder die andere gegeben ist.’¹⁸⁴

Door deze zienswijze kunnen ‘Wahlfeststellungen’ met betrekking tot de feiten en de daderschapsvormen cumuleren. Wanneer de rechter niet kan achterhalen of de verdachte aan een overval actief heeft meegewerkt of slechts op enige afstand in de vluchtauto heeft staan wachten, kan hij volstaan met de ‘Wahlfeststellung’ dat één van deze twee omstandigheden zich voor heeft gedaan en vervolgens ook in het midden laten of sprake is van ‘unmittelbare Mittäterschaft’ dan wel van ‘Beitragstäterschaft’. Wel dient hij in het kader van de strafoplegging bij het waarden van ‘eigenes Unrecht und eigene Schuld’ van de voor de verdachte meest gunstige omstandigheid uit te gaan (*in dubio pro mitius*).¹⁸⁵ Een en ander betekent overigens niet dat gemakshalve voor een ‘Wahlfeststellung’ mag worden gekozen. Deze is alleen toegestaan wanneer een preciezere vaststelling niet mogelijk is.¹⁸⁶

¹⁸⁴ OGH 13.09.1983, 9 Os 78/83, JBl 1984, 267. Zie tevens o.m. OGH 18.01.1978, 10 Os 186/77, OGH 21.10.1992, 13 Os 90/92 en OGH 22.09.1992, 14 Os 121/92.

¹⁸⁵ Fuchs 2008, p. 336-337. Zie OGH 21.10.1992, 13 Os 90/92 voor een toegestaan openlaten van ‘Alleintäterschaft’, ‘Mittäterschaft’ en ‘Bestimmungstäterschaft’.

¹⁸⁶ Zie bijvoorbeeld OGH 21.10.1992, 13 Os 90/92: ‘[W]ahldeutigen Feststellungen sind zulässig, soweit das Gericht mängelfrei festzustellen vermag, dass von zwei möglichen Gegebenheiten nur die eine oder andere vorliegen kann, ohne dass sich klären lässt, welche die richtige ist, und zudem beide Möglichkeiten strafrechtlich gleichwertig sind’. Hier ging het om een ‘wahlweise Annahme einer rechtlich gleichwertigen (§ 12 StGB) Alleintäterschaft, Mittäterschaft oder Bestimmungstäterschaft’.

Hoofdstuk 4 - Interviews

1 *De opzet van de interviews*

Centraal in het onderzoek staat de vraag of de deelnemingsregeling in de rechtspraak als onhelder en omslachtig wordt ervaren. Deze vraag, verfijnd in meerdere deelvragen, is voorgelegd aan juristen die werkzaam zijn in de praktijk van het strafrecht. Doel van de interviews is het verkrijgen van een zo precies mogelijk beeld van opvattingen over het functioneren van de huidige deelnemingsregeling, problemen die daarbij rijzen en factoren die daarbij een rol spelen. Aandachtspunten zijn daarbij niet alleen kwesties van materieel recht - vragen als: correspondeert de regeling van de deelneming met opvattingen over (de mate van) strafwaardigheid van gedrag, is de reikwijdte van de dubbele opzeteis voldoende duidelijk - maar ook van formeelrechtelijke aard: wordt de huidige wijze van ten laste leggen van deelnemingsfiguren als omslachtig ervaren, leidt de geldende grondslag leer tot aansprekende of minder aansprekende resultaten.

Achtereenvolgens zijn de geïnterviewden vragen voorgelegd over uitlokking en doen plegen (3), over functioneel plegerschap (4), over medeplegen (5 en 6) en medeplichtigheid (7 en 8) en, ten slotte, over de rechtspersoon (9).

Gekozen is voor het diepgaand interviewen van een verhoudingsgewijs beperkt aantal in de praktijk werkzame juristen. In gesprekken met juristen die hun sporen in de praktijk verdiend hebben is verkend of er serieuze gebreken in het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming zijn aan te wijzen. Omdat de (eventuele) problematiek rond daderschap en deelneming zich verschillend manifesteert in de onderscheiden fasen van het proces is ervoor gekozen om zowel officieren van justitie als rechters en advocaten te bevragen. De interviews zijn gehouden aan de hand van een vragenlijst met deels dezelfde vragen voor de genoemde beroepsgroepen en deels op de functie van de betrokkene toegespitste vragen. Deze vragenlijsten zijn opgenomen in de bijlage. Daarin zijn tevens de namen en de functies van de geïnterviewden vermeld.

2 *Algemene aspecten*

Bijna alle respondenten merken op dat de bijzondere kenmerken van het Nederlandse grondslagstelsel zich niet exclusief doen gelden bij de toepassing van de regeling van daderschap en deelneming. In alle strafprocessen staat het belang van een technisch goede tenlastelegging voorop. Ontbreekt een subsidiair ten laste gelegd feit dan zal dat ongeacht de vraag welk feit de verdachte wordt verweten in voorkomende gevallen ertoe leiden dat de rechter de grenzen van het ten laste gelegde opzoekt, veronderstelt dat het gedrag dat de verdachte wordt verweten strafwaardig wordt geacht. Geïnterviewden uit met name advocatuur en rechterlijke macht benadrukken in dit verband het belang van voldoende deskundigheid inzake het opstellen van de tenlastelegging binnen het openbaar ministerie. Het zich in deze verlaten op de parketsecretaris kan functioneren als rem op de ontwikkelingen, in het bijzonder op de ontwikkeling van het functioneel plegerschap, waarvan de mogelijkheden volgens meerdere respondenten door het openbaar ministerie onvoldoende worden benut. In de interviews werd aangegeven dat met name in

fraudezaken en in het economisch strafrecht door het openbaar ministerie wordt gekozen voor het dagvaarden van de functionele pleger (natuurlijk persoon) dan wel de rechtspersoon. De deelnemingsvormen spelen daarentegen een grotere rol in de overige strafzaken.

De geïnterviewden uit de cassatiepraktijk benadrukken dat voorzichtigheid geboden is bij het trekken van conclusies uit de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege. Juist in gevallen van daderschap en deelneming berust het uiteindelijke oordeel van de feitenrechter vaak op een weging van de mate van betrokkenheid van de verdachte. Die weging is in belangrijke mate van feitelijke aard en het oordeel van de rechter kan in zoverre in cassatie slechts op zijn begrijpelijkheid worden getoetst. Omdat de Hoge Raad slechts in een beperkt aantal gevallen ambtshalve casseert is het bovendien van groot belang dat het cassatiemiddel scherp de vinger op de zere plek legt. Behoedzaamheid bij het interpreteren van de rechtspraak van de Hoge Raad is dus geboden.

Enkele geïnterviewden spraken de wens uit dat de wetgever niet te veel overhoop haalt in de komende jaren. De praktijk heeft te maken met ontelbare, vaak ingrijpende wetswijzigingen die alle geïmplementeerd moeten worden in de praktijk. Dat kost volgens hen heel veel tijd en energie, die ten koste gaat van de ruimte voor de afdoening van zaken en mogelijk ook van de kwaliteit daarvan.

3 *Uitlokken en doen plegen*

Veel geïnterviewden gaven aan dat uitlokking zelden ten laste wordt gelegd. Het gegeven dat het Wetboek van Strafrecht een limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen kent, wordt alleen al tegen die achtergrond niet als knellend ervaren. Eén respondent gaf aan dat hij in een recent geval wel was geconfronteerd met de schaduwzijde van de beperking van de reikwijdte van de uitlokking door het vereiste van met name genoemde uitlokkingsmiddelen. Het betrof een geval waarin duidelijk was dat er was uitgelokt, dat het uitgelokte feit ook daadwerkelijk was gepleegd, maar dat het onduidelijk was welk uitlokkingsmiddel was gebezigd. Maar dat is een uitzondering. In de regel werken de uitlokkingsmiddelen niet beperkend, zo is de ervaring. Mogelijk ligt de oorzaak hiervan mede in het vervolgingsbeleid: in geval van twijfel wordt niet ter zake van uitlokking gedagvaard, aldus een lid van het openbaar ministerie. Bovendien wordt in de rechtspraak een ruime uitleg gegeven aan de verschillende uitlokkingsmiddelen. Een van de respondenten gaf aan dat het schrappen van de uitlokkingsmiddelen tot gevolg zal hebben dat alle nadruk komt te liggen op het psychische moment: is er een psychisch omslagpunt bewerkstelligd door de uitlokker? 'Uitlokking krijgt dan wel erg vage contouren', aldus deze respondent, die daarom de uitlokkingsmiddelen in art. 47 Sr zou willen handhaven. Bij voorkeur zag hij daaraan nog een middel toegevoegd, te omschrijven als 'misbruik van overwicht'. Deze suggestie werd ook door een van de andere ondervraagden gedaan, die overigens ook zou kunnen leven met het afschaffen van de limitatieve opsomming van de uitlokkingsmiddelen. Advocaten gaven aan dat de uitlokkingsmiddelen juist kansen bieden voor de verdediging - 'het is ons speelveld' - zoals ook het geval is bij elke wettelijke beperking van de reikwijdte van een delictsommschrijving.

In de zeldzame gevallen waarin wordt gedagvaard wegens het uitlokken van een strafbaar feit is meestal duidelijk dat een psychisch omslagpunt door de uitlokker is bewerkstelligd. Daarbij speelt een rol dat in de rechtspraak niet al te hoge eisen

worden gesteld aan het aannemen van het bij een ander doen ontstaan van de wil een strafbaar feit te plegen. Lastig vinden veel geënquêteerden de vraag of het helder is in welke gevallen een gepleegd strafbaar feit nog binnen het opzet van de uitlokker ligt. Meestal is een verschil in opzet tussen uitlokker en feitelijke pleger met voorwaardelijk opzet 'weg te masseren', maar er zijn gevallen waarin dit, aldus een respondent uit de rechterlijke macht, tot niet goed te begrijpen resultaten leidt. Een voorbeeld levert het Kleurenkopieerapparaat-arrest¹⁸⁷ waarin werd uitgelokt tot het stelen van een kleurenkopieerapparaat, maar de gepleegde diefstal een zwart-wit apparaat betrof. Het oordeel van het hof dat het voorwaardelijk opzet van de uitlokker zich uitstreckte tot de diefstal van het zwart-wit apparaat bleef in cassatie in stand (hoofdstuk 2, par. 3.4).

Bijna unaniem waren de respondenten in hun oordeel dat de figuur van het doen plegen kan worden gemist, 'hoewel het me niet in de weg staat', aldus één van hen. Hoogst zelden wordt voor het doen plegen van een strafbaar feit vervolgd - tenlasteleggingen ter zake werden door meerdere ondervraagden aangemerkt als 'gekunsteld' of 'gedrochten'. Vele geïnterviewden hebben in hun praktijk geen enkele maal met doen plegen te maken gehad. De gevallen waarin nu voor het doen plegen wordt vervolgd kunnen volgens velen gewoonlijk worden gebracht onder met name het functioneel plegen. Het schrappen van het doen plegen zou ook tot gevolg hebben dat meer gevallen onder uitlokking zouden kunnen worden gebracht. Maar dan moeten, zo geven enkele respondenten aan, de uitlokkingsmiddelen wel hetzij worden geschrapt of anders worden uitgebreid met misbruik van overwicht: 'vooral ook omdat je dan moet denken aan de beïnvloeding van degene die psychisch zo zwak in z'n schoenen staat dat hij niet of nauwelijks aansprakelijk gesteld kan worden voor hetgeen hij heeft uitgevoerd.'

Het huidige onderscheid tussen doen plegen en uitlokking is, aldus een respondent, in hoge mate kunstmatig: 'Ik heb niet het gevoel dat het heel erg nuttig is om vast te stellen of de uitvoerder straffeloos was of niet. Het gaat erom of degene die doet plegen of die uitlokt zelf strafwaardig handelt. Dat is toch eigenlijk waar je op focust. Het leidt een beetje af om te moeten afvragen hoe het nu precies zit met die tussenliggende persoon. En het is ook maar heel erg zelden dat de tussenliggende persoon er helemaal uit wegvalt. Het is meer een valkuil voor de tenlastelegging, naar mijn gevoel.' En: 'Het onderscheid is vooral academisch geïnspireerd'.

4 *Functioneel plegen*

In verschillende interviews wordt de mening geuit dat van de figuur van het functioneel plegen veel meer gebruik zou kunnen worden gemaakt, met name bij commune delicten. Voor velen is in theorie in voldoende mate duidelijk wanneer functioneel plegen kan worden aangenomen, maar in concrete casus hangt de vraag of vervolging tot bestrafing leidt af van enerzijds de wil van de wetgever (leent de delictsomschrijving zich voor functioneel plegerschap?) en van anderzijds de concrete omstandigheden van het geval. Hoewel zeker naar de wil van de wetgever moet worden gekeken zijn de meeste respondenten van mening dat gevallen als in het Sproevliegtuig-arrest¹⁸⁸ zeldzaam zijn en dat er bijna geen delict denkbaar is dat niet functioneel kan worden geïnterpreteerd. Een enkele geïnterviewde zet vraagtekens bij

¹⁸⁷ HR 29 april 1997, NJ 1997, 654.

¹⁸⁸ HR 2 juni 1992, NJ 1992, 754; zie hoofdstuk 2, par. 3.1.1.

de denkbaarheid van functioneel plegen bij zeer fysieke delicten, zoals mishandeling. Anderen zien daarentegen bij dergelijke delicten, ook bij een strafbaar feit als verkrachting, wel degelijk mogelijkheden voor toepassing van de figuur van het functioneel plegerschap. Dat de mogelijkheden van het functioneel plegen worden onderbenut zou kunnen liggen aan de voorkeur van het openbaar ministerie dat, aldus een respondent uit het openbaar ministerie, liever medeplegen dan functioneel plegen ten laste legt.

De afgrenzing tussen de verschillende soorten aansprakelijkheid van de intellectuele dader wordt door de respondenten niet als een probleem ervaren. Een rechter merkt hierover op: 'Ik denk dat het voor rechters eigenlijk niet zo van belang is. Je weet wat er onder doen plegen wordt verstaan, onder functioneel daderschap en onder uitlokking. Het is moeilijker voor het openbaar ministerie, de officier moet kiezen hoe het ten laste gelegd moet worden. Ik denk dat een officier overweegt: dit is een economisch delict, dit doen we met functioneel daderschap af. En in het commune strafrecht gebruiken we uitlokking. De rechter zit niet met die keus, de advocaat evenmin'.

5 *Medeplegen*

Uit de interviews ontstond een beeld van het medeplegen dat door een van de geïnterviewde rechters als volgt is verwoord: 'Het was natuurlijk altijd een bewuste en nauwe samenwerking plus, aanvankelijk, gezamenlijke uitvoering. Toen hebben we het Containerdiefstal-arrest gekregen, waarbij de eis van gezamenlijke uitvoering in vergaande mate genuanceerd is. Er volgt een ontwikkeling waarbij het leek alsof er niet veel ruimte meer was voor medeplichtigheid en dat alles wel onder de bewuste en nauwe samenwerking geschoven kon worden. Wat je nu ziet is dat de Hoge Raad weer meer feiten en omstandigheden en meer redenering eist om tot de conclusie van bewuste en nauwe samenwerking te komen. En dan ontstaat voor mijn gevoel weer meer ruimte voor de variant van de medeplichtigheid. Niet alles is zonder meer medeplegen meer. Dat is het operationele beeld dat ik in m'n hoofd heb, waar ik mee werk.'

Soms is niet duidelijk wanneer van medeplegen kan worden gesproken en wanneer de weegschaal moet doorslaan naar de medeplichtigheid. 'Er is een grijs gebied; naarmate de medeplichtige dichterbij het delict komt, komt het steeds dichterbij medeplegen. Maar er is nog wel een grens. Alleen ik heb de indruk dat rechters soms voor medeplichtigheid en andere keren voor medeplegen kiezen in datzelfde grijze gebied. Op voorhand weet je niet altijd met zekerheid: dit is medeplegen of dit is medeplichtigheid. Dan kies je er voor allebei op te nemen in de tenlastelegging', aldus een lid van het openbaar ministerie.

Onduidelijkheid bestaat volgens menig geïnterviewde over de rol die het zich niet distantiëren kan spelen bij het bewijs van het medeplegen. Eén van hen, eveneens uit het openbaar ministerie: 'Ik denk dat het OM ook in veel gevallen van niet distantiëren probeert de betrokkene als medepleger bij het feit te betrekken. Bij sommige delicten is het wat duidelijker dan bij andere, dat het zich niet distantiëren betekent dat iemand strafbaar is. Bij een wederrechtelijke vrijheidsberoving waarbij iemand weet heeft van het feit, en dat het gebeurt, en iemand grijpt niet in, helpt niet er een einde aan te maken, is dat makkelijker dan een geval van doodslag. Bij openlijke geweldpleging vind ik het soms ook ingewikkeld. Ik denk dat het OM het zich niet distantiëren vaker strafbaar vindt dan de rechter'. Ook door andere

respondenten werd erop gewezen dat de strafrechtelijke betekenis van het zich niet distantiëren gemakkelijk wordt overschat. De opvatting dat het zich niet distantiëren een dragend argument kan zijn voor het medeplegen wordt door een geïnterviewde een ernstige misvatting genoemd, voortkomend uit een onjuiste, absolute uitleg van de rechtspraak van de Hoge Raad. Anderen denken dat het zich niet distantiëren een minder prominente rol heeft gekregen in de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege dan aanvankelijk het geval leek te zijn. Door sommige geënquêteerden werd het belang van het zich niet distantiëren bij het bewijs van het medeplegen daarentegen juist benadrukt: de overlap tussen medeplichtigheid en medeplegen is hierdoor vergroot, er kan nu vaker van medeplegen worden gesproken; bij de straftoemeting kan een kleiner aandeel van één van de medeplegers worden verdisconteerd.

Eenstemmigheid bestaat blijkens de interviews evenmin over de vraag wanneer van medeplegen kan worden gesproken ondanks de afwezigheid van één van de betrokkenen bij de feitelijke uitvoering van het strafbare feit. Enkele keren werd uitdrukkelijk gesteld dat een ontbrekende rol bij de uitvoering in het delict moet worden gecompenseerd door een grotere rol in de voorbereiding: ‘het zijn communicerende vaten’.

In meerdere interviews werd gewezen op het belang van het bewaken van de grenzen van het medeplegen: ‘Je moet die grens wel bewaken, omdat hij ook ontzettend vaag is. Niet te snel vooruit lopen, niet te snel medeplegen aannemen ‘want het is toch een schande’. Het gevaar daarbij is dat het niet meer gaat om bewust nauw en volledig samenwerken maar ‘het ermee eens zijn. Je moet echt een bijdrage leveren. Wanneer je alleen een meeloper bent, ben je fout bezig, maar medepleger ben je niet’, zo werd met instemming over het Vlinderbom-arrest¹⁸⁹ gezegd. En: ‘medeplegen is meer dan samen plegen’. Ten aanzien van de grens tussen medeplegen en medeplichtigheid verbazen de ondervraagde leden van de zittende magistratuur zich over het menigmaal ontbreken in de tenlastelegging van medeplichtigheid als subsidiair feit. Van een automatisme waarbij medeplichtigheid altijd subsidiair ten laste wordt gelegd is zeker geen sprake. Uit een interview met een lid van het openbaar ministerie blijkt dat daar soms ook een bewuste keuze aan ten grondslag ligt: ‘Ik heb heel vaak de medeplichtigheid, die door de parketsecretaris wel onder het medeplegen was gehangen, geschrapt. Want de suggestie is - in mijn ogen - dat wanneer je medeplichtigheid eronder legt, en je komt op zitting, dan zegt de advocaat: de officier denkt ook aan medeplichtigheid, want het staat er niet voor niks onder. Als je die discussie niet wilt hebben, dan moet je er natuurlijk niet zelf over beginnen.’ Een ander lid van het openbaar ministerie meent dat het openbaar ministerie uit ‘gemakzucht en automatisme’ alles onder medeplegen wil brengen en er ten onrechte dikwijls van afziet om een andere, meer toepasselijke daderschaps- of deelnemingsvorm primair dan wel subsidiair ten laste te leggen. Door de gebondenheid aan de grondslag van de tenlastelegging kan de rechter de bewezenverklaring meestal niet als een andere daderschaps- of deelnemingsvorm kwalificeren, terwijl dat misschien wel wenselijk zou zijn. De keuze om dat wel mogelijk te maken zou echter, zo signaleert deze geïnterviewde, tot gevolg hebben dat belangrijke voordelen van de grondslagleer - efficiency in het strafproces, helderheid ook voor de verdediging - overboord moeten worden gezet. Deze prijs zou wel eens te hoog kunnen zijn.

¹⁸⁹ HR 22 december 2009, LJN BK3356, NJ 2010, 193, m.nt. P.A.M. Mevis; hoofdstuk 2 par. 3.3.1

De eis van het ‘dubbel opzet’ levert volgens de meeste geïnterviewden bij het medeplegen zelden een groot probleem op, mede dankzij de rol van het voorwaardelijk opzet en het globaal opzet. Anders wordt het wanneer er aanwijzingen zijn dat het opzet van de één verder reikt dan het opzet van de ander. Zijn beiden dan nog aansprakelijk voor het geheel? Onduidelijkheid bestaat volgens de geïnterviewden over de vraag of en in hoeverre de medeplegers in geval van uiteenlopend opzet een eigen kwalificatie kunnen hebben. Wanneer het opzet van de één strekt tot zware mishandeling en dat van de ander tot doodslag, kan de één dan worden bestempeld als medepleger van zware mishandeling en de ander als medepleger van doodslag? In de interviews wordt benadrukt dat het goeddeels om een studeerkamerkwestie gaat. Dat het vraagstuk maar beperkt leeft in de praktijk zou ook kunnen liggen aan het feit dat het openbaar ministerie in twijfelgevallen niet vervolgt, of de betrokkenen met het minst verstrekende opzet als medeplichtige dagvaardt, zo blijkt uit een vraaggesprek met één van de leden van het openbaar ministerie. Geïnterviewde advocaten vinden kwesties rond uiteenlopend opzet uitdagend, omdat deze ‘een kans’ of ‘aanknopingspunten’ bieden voor de verdediging.

In de praktijk is blijkens de interviews evenmin een grote plaats weggelegd voor het medeplegen van culpose delicten. Soms behoeft geen toevlucht te worden gezocht tot het medeplegen van een culpoos delict, omdat elke betrokkene verwijtbaar onvoorzichtig heeft gehandeld en dus zelfstandig de delictsinhoud vervult. Vele geïnterviewden herinneren zich de gevallen van de straatraces in Leeuwarden, waarbij kenmerkend was dat slechts één van de bestuurders met zijn voertuig in botsing was gekomen met het slachtoffer. In dergelijk gevallen wordt de constructie van het medeplegen van het culpose delict door de ondervraagden noodzakelijk en rechtvaardig gevonden.

6 *De tenlastelegging van medeplegen*

De geïnterviewde vertegenwoordigers van het openbaar ministerie geven er de voorkeur aan het medeplegen zo globaal mogelijk ten laste te leggen, met zo weinig mogelijk invulling van het ‘tezamen, in vereniging met een ander’, dat immers feitelijke betekenis heeft. In de bewijsmiddelen kan nader worden beschreven op welke feitelijke gedragingen het oordeel dat in bewuste en nauwe samenwerking is gehandeld, berust. Op deze wijze wordt, zo geven zij aan, voorkomen dat het accent in de tenlastelegging komt te liggen op feitelijk handelen van maar één van de betrokkenen en dat bij een eventuele vrijspraak van veel van het feitelijk handelen dat in de tenlastelegging is gepreciseerd grondslagproblematiek rijst: als het tezamen en in vereniging handelen niet bestaat in x, y en z, waarin dan wel? Kan de rechter in deze gevallen vrijspreken van x, y en z zonder de grondslag van de tenlastelegging te verlaten? Hoe gedetailleerder de omschrijving in de tenlastelegging, des te groter de problematiek op dit punt, zo is de mening die ook uit de vraaggesprekken met andere respondenten naar voren komt. Toch is vermelding van enkele ‘karakteristieke elementen’ wel wenselijk, aldus een geïnterviewde rechter; ‘al het verdere stop je wel in de bewijsmiddelen’. Eén van de respondenten uit de advocatuur merkt in dit verband op: ‘Ik zie de vermelding in de tenlastelegging van feitelijk handelen waarin het medeplegen bestaat als uitputtende opsomming en ik zal in voorkomende gevallen ook betogen dat dit zo moet zijn’.

Soms wordt er de voorkeur aan gegeven om in gevallen waarin dat wel denkbaar zou zijn, de medeplichtigheid niet subsidiair ten laste te leggen. Bij het openbaar

ministerie in hoger beroep wekt dat soms verbazing ('het is af en toe onnavolgbaar') en in appel wordt om die reden met behulp van de procedure van art. 313 Sv de tenlastelegging dan alsnog gewijzigd teneinde een vrijspraak te voorkomen. Maar niet steeds levert de medeplichtigheid een vangnet, omdat niet elk handelen dat niet te karakteriseren is als medeplegen onder medeplichtigheid valt te brengen. In gevallen waarin het vangnet van de subsidiair ten laste gelegde medeplichtigheid ontbreekt heeft menig rechter wel eens de grenzen opgezocht van het medeplegen. Daarbij kan vooral in zaken met een minderjarige verdachte voor de rechter in eerste aanleg wel eens een rol spelen dat het een slecht signaal richting verdachte zou zijn dat hij er zonder kleerscheuren van afkomt, zo komt naar voren in een vraaggesprek met een lid van de zittende magistratuur.

Zelden wordt, aldus een respondent, gedacht aan de mogelijkheid om functioneel plegerschap ten laste te leggen in plaats van medeplegen: 'Vermoedelijk uit gewoonte, vermoedelijk omdat in het merendeel van de gevallen een tenlastelegging wordt gemaakt door een parketsecretaris, die maar summier op de hoogte is van het dossier. Terwijl je als je het hele dossier tot je beschikking zou hebben, tot de conclusie zou komen dat niet medeplegen maar functioneel plegen aan de orde is.' Een lid van het openbaar ministerie en een aantal rechters stellen voorts dat de mogelijkheden vaak worden gedicteerd door Compas.

Niet steeds verdisconteren de geïnterviewde leden van het openbaar ministerie in de strafeis ter zitting de 25% toeslag die Bos Polaris in geval van medeplegen voor een gedeelte van de strafbare feiten aangeeft. Het verschilt van parket tot parket, aldus één van de respondenten. Een andere respondent uit het parket geeft aan: 'We worden geacht die lijnen te volgen, maar het gaat er volgens mij meer om dat je het gevoelsmatig doet dan dat je altijd voor die 25% gaat. Ik denk wel dat er in het geval van medeplegen wat hoger geëist wordt. In veel gevallen zit er wel een berekening in de eis. Vaak wordt die berekening niet gevolgd. In bepaalde gedeelten van het land worden veelal eigen richtlijnen gehanteerd. Niet voor alle feiten, maar voor bepaalde feiten die daar veel voorkomen. Daardoor is het gerechtvaardigd af te wijken van Bos-Polaris. Niemand lijkt daar een probleem van te maken. En ik denk wel dat medeplegen daar in verdisconteerd wordt, door een hogere eis'. Soms ook wordt met name gekeken naar de LOVS-oriëntatiepunten, wanneer deze voorhanden zijn voor het delict in kwestie.

7 Medeplichtigheid

Uit de interviews komt niet naar voren dat over de afgrenzing van strafwaardig gedrag door de medeplichtigheid veel onduidelijkheid bestaat. Onduidelijkheid bestaat volgens de respondenten daarentegen des te meer over de afgrenzing medeplichtigheid-medeplegen. Door menig geïnterviewde wordt gesproken van 'een grote overlap' of van 'een grijs gebied'. Afhankelijk van de waardering van de feiten kan het dubbeltje de ene, dan wel de andere kant omvallen. Vanuit cassatieperspectief is dit een keus, die - mits deugdelijk onderbouwd - door de Hoge Raad als zijnde van feitelijke aard vrijwel steeds in stand zal worden gelaten.

De grens tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid wordt niet als heel moeilijk ervaren, maar wordt door een van de respondenten uit de advocatuur wel als een 'stofnest' betiteld. Eén van de geïnterviewde rechters merkt op dat de bedoelde grens in HR 24 maart 2009, LJN BG4831 eigenlijk al is opgeheven en

daarom geen problemen hoeft te geven.¹⁹⁰ ‘De Hoge Raad heeft er de hand mee gelicht’, aldus een andere respondent, ‘dat hangt samen, denk ik, met hersteloperaties wanneer de tenlastelegging niet zo netjes geformuleerd is; de Hoge Raad wil toch dat er veroordeeld wordt, denk ik. Dat is op zichzelf niet goed, want dan worden de twee vormen van medeplichtigheid wazig ten opzichte van elkaar. Dat moet je niet doen.’ Meerdere respondenten hebben er echter geen problemen mee wanneer het onderscheid tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid uit de wet zou worden geschrapt.

De grens tussen gelijktijdige medeplichtigheid en begunstiging leeft in de praktijk nauwelijks. In een heel enkele geval is de grens lastig; in dat verband wordt door één van de respondenten ook hier van ‘een grijs gebied’ gesproken. ‘Het kan in elkaar overlopen, medeplichtigheid in begunstiging’. Een respondent licht het onderscheid als volgt toe: ‘Als je van te voren afsprekt dat je klaar staat om iemand met een vluchtauto in veiligheid te brengen, dan is dat een onderdeel van een groter geheel. De pleger wordt hierdoor gerustgesteld: straks staat zij met de auto klaar en kan ik vluchten. Maar als je ergens in je auto rijdt en je ziet een paar vrienden met bivakmutsen en wapens en je zegt: stap maar in, dan heb je zuivere begunstiging; daardoor wordt het delict niet bevorderd. Medeplichtigheid vergemakkelijkt, bevordert. Bij begunstiging achteraf gaat het om de vervolging die je moeilijker maakt.’

Over passieve medeplichtigheid bestaat in de praktijk de nodige onduidelijkheid, zo blijkt uit de interviews. Sommige respondenten zien de passieve medeplichtigheid als vorm van gelijktijdige medeplichtigheid waarvan de kern wordt gevormd door het zich niet distantiëren van het gebeuren, anderen wijzen erop dat van passieve medeplichtigheid eerst kan worden gesproken wanneer een rechtsplicht tot ingrijpen kan worden geconstrueerd. ‘Het is niet alleen maar: ben ik mijn broeders hoeder’, aldus één van de geïnterviewden, ‘we zijn nog niet zover dat je passief medeplichtig bent wanneer je niets doet als je als voorbijganger ziet dat iemand in elkaar wordt geslagen. Ik vind dat nog niet zo simpel. Als je het hebt over legaliteit en afpaling van aansprakelijkheid, als je op dat punt gaat afglijden, dan kun je iedereen aanspreken. Ik vind dit een moeilijke kwestie.’ Ook het onderscheid tussen passieve medeplichtigheid en passief medeplegen wordt, zo blijkt uit de interviews, als lastig ervaren.

De eis dat de medeplichtige opzet moet hebben niet alleen op de deelnemingshandeling, maar ook op het misdrijf van de pleger van het feit, geeft in de regel geen problemen. Uitzondering is ook hier het geval waarin het opzet van de medeplichtige minder ver strekt dan dat van de pleger van het feit. Art. 49 lid 4 Sr, waarin is bepaald dat bij de bepaling van de straf wordt gelet op de grenzen van het opzet van de medeplichtige, levert volgens sommige respondenten een gewrongen constructie op. Bewezen moet worden dat het opzet van de medeplichtige ook betrekking heeft op het misdrijf van de pleger - ‘op het gemeenschappelijk deel daarvan’, aldus één van de geïnterviewden - maar in geval het opzet van de medeplichtige minder ver strekt dan het opzet van de pleger is dat eigenlijk niet mogelijk. ‘Dat is met name lastig wanneer de hoofddader veel eerder is berecht dan de medeplichtige. Dan moet je in oude dossiers gaan zoeken waarvoor de hoofddader is veroordeeld. En de rechter zal zich, wanneer de medeplichtige niet het opzet heeft dat volkomen congruent is aan dat van de hoofddader, moeten afvragen: is er voldoende ‘gemeenschappelijk opzet’ of niet? Dat is heel lastig, zeker als het vonnis van de hoofddader niet met bewijsmiddelen is aangevuld omdat er geen hoger beroep

¹⁹⁰ Vgl. hoofdstuk 2, par. 3.5.

is ingesteld.' Toch gaat de tekst van art. 49 lid 4 Sr wel uit van een kwalificatie van het bewezenverklaarde die parallel loopt aan die van de pleger, anders dan art. 47 lid 2 Sr aangeeft voor de uitlokker. In zoverre lijkt, aldus een van de respondenten, ons systeem op het Oostenrijkse: de kwalificatie zegt niet alles over de strafwaardigheid, eerst bij de strafoplegging wordt gedifferentieerd naar het gewicht van de bijdrage die de betrokkene heeft geleverd aan het strafbare feit.

8 Vereenvoudiging van de wettelijke regeling?

Een deel van de geïnterviewden geeft aan dat de trits 'gelegenheid, middelen of inlichtingen' in art. 48 Sr kan worden geschrapt. Zou de wetgever tot deze vereenvoudigingsoperatie overgaan dan zouden ook de uitlokkingsmiddelen moeten worden afgeschaft, aldus deze respondenten. Een enkele geïnterviewde wil verder gaan en stelt voor het onderscheid tussen medeplichtigheid en medeplegen te laten vervallen, nog weer een andere respondent noemt dit als mogelijkheid waarover goed zou moeten worden nagedacht. De wetgever zou volgens deze beide respondenten dan moeten voorzien in één deelnemingsvorm, die bestaat uit verschillende vormen van het medewerken aan de totstandkoming van een delict en die medeplichtigheid en medeplegen zou moeten omvatten.¹⁹¹ Verschillen in intensiteit van medewerking zouden moeten worden gewogen bij de strafoplegging. Dat de nieuwe deelnemingsvorm niet zou onderscheiden naar kwalificatie van de deelnemers (medeplichtige/medepleger) zien deze respondenten niet als een probleem; één van hen stelt: 'Juist omdat je in de Nederlandse praktijk ziet dat er tussen kwalificatie en de straftoemeting enorme verschillen kunnen zitten. De ene diefstal is de andere niet. De ene moord is de andere moord niet. In het ene geval voor moord: €100 voorwaardelijk (denk aan Baby Ross-gevallen) en een ander geval van moord levenslang. Maar dat hangt samen met de concrete verschijningsvorm. De kwalificatie zegt helemaal niets over de concrete ernst van het feit en het feitelijke maximum voor straf. De minima, daar kan de rechter eindeloos in variëren'. Het systeem zou door een dergelijke ingreep van de wetgever het werken in de praktijk volgens hen gemakkelijker maken: 'Je lost een hoop problemen op in de sfeer van tenlastelegging, noodzaak om in de tenlastelegging keuzes te maken, waarvan je je af moet vragen over het materiële gehalte: wat is nou eigenlijk het belang van de noodzaak om zo te kiezen? Dat belang zit alleen maar in de regeling van keuzeverplichting tussen medeplichtigheid en medeplegen. Maar verdere gevolgen voor straftoemeting heeft het denk ik niet. Een ouderwets systeem als het onze begrijp ik in de tijdgeest van het wetsontwerp wel, maar op de vraag of het in moderne verhouding nog steeds een aansprekend systeem is, zou ik op onderdelen ontkennend antwoorden.'

Andere respondenten, zowel uit de advocatuur als uit de groep rechters en leden van het openbaar ministerie, hebben bezwaren tegen een dergelijke vorm van beperkt 'Einheitstäterschaft'. Deze berusten met name op overwegingen omtrent legaliteit: 'Het is goed dat de wetgever laat zien dat gedifferentieerd moet worden naar gelang van het aandeel van de betrokkene. Als alles op één hoop wordt gegooid is niet alleen dat onderscheid weg, maar bestaat ook het gevaar dat de rechter iedere bijdrage strafwaardig zal achten'. Ook met het oog op de strafwaardigheid van de bijdrage van de medeplichtige in het concrete geval is volgens sommigen handhaving van de

¹⁹¹ Voor de uitlokking zien deze beide geïnterviewden geen plaats in deze deelnemingsvorm.

huidige regeling te prefereren: ‘De rechter moet ook met de neus erop gedrukt worden dat er vormen zijn van deelneming die minder strafwaardig zijn dan andere vormen en die daarom ook een lager strafmaximum hebben. Dat is een heel duidelijk signaal naar de rechter. Anders bestaat het gevaar dat de rechters, zonder dat geringere maximum, elementen een rol laten spelen bij het bepalen van de strafmaat die daar niet in horen. Dan zou alles medeplegen kunnen worden. Die verleiding wordt dan heel groot. Bestanddelen kunnen dan heel verspreid raken, zoals dat nu bij de medeplichtigheid nog niet het geval is. Dat gaat wel erg ver’.

Andere respondenten wijzen er echter op dat de rol van de medeplichtige in het concrete geval wel eens strafwaardiger zou kunnen zijn dan die van de pleger en dat het door de wetgever aangegeven minder hoge strafmaximum voor de medeplichtige (art. 49 eerste lid Sr) zou kunnen worden gemist: de rechter is mens genoeg om zich daarmee te redden.

Het Oostenrijks model - voor verschillende daderschapsvormen geldt hetzelfde strafmaximum, maar ten aanzien van de straftoemeting voorziet de wetgever in bijzondere strafvermindering- en verzwaringsgronden - wordt door weinigen van de respondenten die zich daarover uitlaten aantrekkelijk gevonden. Sommige respondenten merken op dat de problematiek rond bewijs en kwalificatie in dit systeem wordt verplaatst naar de strafoplegging, anderen - die wel een voorstander zijn van het samenvoegen van medeplichtigheid en medeplegen in een nieuwe deelnemingsvorm - denken dat de rechter in ons systeem voldoende is toegerust tot het toemeten van de straf, eventueel gesteund door LOVS-oriëntatiepunten ter zake. Eén van de geïnterviewde rechters wijst op het belang van het onderscheid tussen medeplichtigheid en medeplegen in verband met de vermelding in de justitiële documentatie: ‘Zie je medeplichtigheid langskomen in de documentatie, dan heeft dat toch heel andere implicaties dan medeplegen.’

De geïnterviewde leden van het openbaar ministerie zien geen specifieke problemen bij het opstellen van een tenlastelegging van medeplichtigheid. Gevallen van passieve medeplichtigheid komen niet of nauwelijks voor in de praktijk van de betrokkenen.

9 *Rechtspersoon*

Uit de interviews komt naar voren dat de Drijfmestcriteria een goed richtsnoer geven bij de vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon. Twee respondenten waarschuwen er uitdrukkelijk voor dat de Drijfmestcriteria slechts indicaties geven en dat deze niet in alle gevallen kunnen worden toegepast. In gevallen waarin overtreding van vergunningsvoorwaarden ten laste wordt gelegd staat zeggenschap daarover van de vergunninghoudende rechtspersoon voorop. Een van deze twee respondenten merkt op dat hetzelfde criterium moet gelden voor het door de rechtspersoon laten voortbestaan van een verboden situatie. Hoewel de Drijfmestcriteria dus niet zaligmakend zijn, worden deze in de praktijk door veel beroepsgenoten wel verabsoluteerd, aldus beide geïnterviewden.

Niet iedere ondervraagde is tevreden met de Drijfmestcriteria. Een advocaat formuleert het zo: ‘Deze zijn zo ontzettend ruim, het handelen heeft altijd plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Ik hoef de criteria er nooit op na te slaan want ik weet dat standaard de handelingen altijd aan een rechtspersoon worden toegerekend door de rechter. Sterker nog, ik zeg al 10 jaar tegen mijn cliënten: hier is sprake van een strafrechtelijke risicoaansprakelijkheid. Ik heb vaak situaties gehad

waarin bijvoorbeeld hele gespecialiseerde onderaannemers waren ingehuurd, die speciaal waren ingehuurd voor hun expertise omdat de rechtspersoon daar zelf niet over beschikte. En dan ging er iets heel erg fout bij de onderaannemer. Dan was het altijd een van de twee: of er was heel goed toezicht gehouden op die onderaannemer maar dan had de opdrachtgever moeten zien dat er iets fout gegaan was. Of er was onvoldoende toezicht gehouden, maar dan werd hij om die reden aansprakelijk gehouden. Dus hij hing altijd. Dit is de praktijk. Ik zeg gewoon tegen mijn cliënten: er bestaat in Nederland een strafrechtelijke risicoaansprakelijkheid. Er hoeft verder helemaal niks vastgesteld te worden, je bent gewoon strafrechtelijk aansprakelijk. Ik vind daderschap van de rechtspersoon teveel opgerekt. En ook als opzet of schuld van de rechtspersoon moet worden vastgesteld is er sprake van een gelopen race, voordat de zaak begint.' Met name in zaken waarin de verdachte rechtspersoon derden, bijvoorbeeld onderaannemers, heeft ingeschakeld leiden de Drijfmeester criteria tot onredelijke uitkomsten, zo concludeert deze geïnterviewde.

Als lastig wordt het vraagstuk van het opzet van de rechtspersoon ervaren. Te snel, aldus een respondent uit het openbaar ministerie, wordt de conclusie getrokken dat opzet van de rechtspersoon niet kan worden vastgesteld.

Voor het feitelijk leidinggeven geven de Slavenburger criteria niet alleen een goede, maar ook een rechtvaardige begrenzing van de aansprakelijkheid van de leidinggever, zo is het algemene oordeel. Eén van de respondenten: 'Niet Slavenburg I, maar Slavenburg II, dat arrest geeft goed werkbare indicaties voor de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever'.

Kritisch is één van de geïnterviewden uit de rechterlijke macht over het in elkaar grijpen van de criteria voor het vaststellen van het daderschap van de rechtspersoon enerzijds en de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever anderzijds: 'Het daderschap van de rechtspersoon stel je vast onder andere aan de hand van de IJzerdraad criteria; vervolgens stel je de vraag: wie is feitelijk leidinggever, en bij de beantwoording van die vraag gebruik je opnieuw de IJzerdraad criteria. Dat is onlogisch.'

Hoofdstuk 5 - Conclusies

1 *Inleiding*

In de voorgaande hoofdstukken is eerst de Nederlandse en de Oostenrijkse regeling van ouderschap en deelneming respectievelijk ouderschap besproken. Die bespreking biedt inzicht in beide wettelijke regelingen en verschillen tussen beide regelingen. Ook is het procesrecht van beide landen in kaart gebracht voor zover dat van belang is voor tenlastelegging, bewijs en kwalificatie van ouderschapsconstructies. Daarna is, in het vorige hoofdstuk, verslag gedaan van de resultaten van vraaggesprekken met twaalf personen die in verschillende functies in de strafrechtspraktijk werkzaam zijn. Die vraaggesprekken strekten ertoe te achterhalen of uit het functioneren van de deelnemingsfiguren in de Nederlandse rechtspraktijk van problemen blijkt.

Uit die gesprekken kwam niet als algemeen beeld naar voren dat de Nederlandse wettelijke regeling van ouderschap en deelneming als problematisch wordt ervaren. Tegelijk bleek ook dat er op verschillende punten wel kanttekeningen bij de huidige wettelijke regeling worden geplaatst, en dat er zo gezien aanleiding is, te verkennen of in de wettelijke regeling van ouderschap en deelneming verbetering kan worden gebracht. Die verkenning staat in het onderhavige hoofdstuk centraal. Daarbij zal, overeenkomstig de vierde onderzoeksvraag, bij voorstellen tot aanpassing telkens worden onderzocht of deze, blijkens de vraaggesprekken, steun lijken te genieten in de rechtspraktijk.

2 *Plegen door natuurlijke personen*

Vertrekpunt bij deze analyse is het plegen. Het plegen staat niet alleen in art. 47 Sr voorop, het is ook op inhoudelijke gronden het logische vertrekpunt. Andere aansprakelijkheidsconstructies hebben ten opzichte van het plegen een aanvullend karakter. Tegen die achtergrond ligt het in de rede eerst in kaart te brengen welke vormen van aansprakelijkheid door het plegen reeds gedekt worden.

Pleger is hij, die alle delictsbestanddelen vervult. In Oostenrijk is van een ‘unmittelbare Alleintäter’ alleen sprake als iemand eigenhandig de delictshandeling verricht. Alleen wie zelf de goederen wegneemt, kan pleger van diefstal zijn. In Nederland is het plegen (in de loop der tijd) veel ruimer opgevat. Een bekend voorbeeld is HR 31 januari 1950, NJ 1950, 286, m.nt. BVAR (Prijzenbeschikking Kaarsen), waarin de Hoge Raad aannam dat hij die kaarsen verkoopt door bemiddeling van een algemeen procuratiehouder, ‘verkoopt’ in de zin van de toepasselijke prijzenbeschikkingen. In dit soort situaties wordt gesproken van functioneel plegen.¹⁹²

De constructie van het functioneel plegen biedt de mogelijkheid om tal van personen die bewerkstelligen dat het delict plaatsvindt, als pleger te veroordelen. Deze mogelijkheid wordt reeds in veel gevallen gebruikt, maar lijkt nog niet volledig te worden uitgebuit. Een enkele maal wijst de Hoge Raad daar zelfs betrekkelijk expliciet op. In HR 6 december 2005, NJ 2007, 455 was het medeplegen van oplichting bewezen verklaard. Uit de bewijsmiddelen bleek echter niet dat de medepleger het vereiste opzet op het delict had. De veroordeling werd gecasseerd,

¹⁹² De functioneel pleger zal in Oostenrijk dikwijls ‘Bestimmungstäter’ of ‘Beitragstäter’ zijn.

waarbij de Hoge Raad ten overvloede overwoog: ‘Opmerking verdient dat art. 326 Sr vervolging en bestraffing mogelijk maakt van indirecte, door middel van of met behulp van een niet-strafbare (tussen)persoon (alleen) gepleegde oplichting.’ Dat is een duidelijke vingerwijzing dat tenlastelegging van (functioneel) plegen hier volgens de Hoge Raad tot de mogelijkheden had behoord. Mogelijk zou tenlastelegging van functioneel plegen ook soelaas kunnen bieden in een type casus waarin een aantal malen een veroordeling wegens medeplegen gecasseerd is: het geval waarin de coffeeshophouder vervolgd wordt wegens het voorhanden hebben of verkopen van soft drugs dat in zijn coffeshop plaatsvindt.

Uit de interviews komt naar voren dat de indruk dat de mogelijkheden van functioneel plegen thans nog onvoldoende benut worden, door veel respondenten gedeeld wordt. In de interviews kwam ook een mogelijke verklaring voor deze onderbenutting van bestaande wettelijke mogelijkheden aan de orde. Bij het tenlasteleggen van economische delicten (waaronder milieudelicten) vormt het werken met functioneel plegen een onderdeel van de gehanteerde (Compas)modellen en (daarmee) de dagelijkse routine. Bij het tenlasteleggen van commune delicten (waartoe ook drugsdelicten gerekend kunnen worden) wordt meer gewerkt met deelnemings-constructies. Naar onze mening verdient het aanbeveling dat het OM zich inspant, deze praktijk aan te passen. Dat kan zonder wetswijziging.

In de beschrijving van het Nederlandse recht zijn bij het functioneel plegen een aantal mogelijke probleemgebieden gesignaleerd. In een enkel geval is een veroordeling van een functioneel pleger niet in stand gebleven omdat een delictsomschrijving die zich op het eerste gezicht voor een functionele uitleg leende, enkel op een specifieke categorie normadressaten zag. Het bewijs van (functioneel) plegen kan voorts minder in de rede liggen in geval de uitvoerder een grote mate van zelfstandigheid heeft. En ten slotte zou de vaststelling van opzet bij functioneel plegen door een natuurlijke persoon op bijzondere problemen kunnen stuiten. Uit de vraaggesprekken is echter niet naar voren gekomen dat één of meer van deze begrenzings van het toepassingsbereik van functioneel plegen in de praktijk tot veel problemen leidt.

Tegen deze achtergrond kan als vertrekpunt gelden dat bij natuurlijke personen aan de huidige Nederlandse invulling van het begrip plegen kan worden vastgehouden. Het leerstuk van het functioneel plegen functioneert in de ogen van de respondenten betrekkelijk probleemloos. Enig kritiekpunt is eigenlijk, dat de constructie breder ingezet kan worden dan thans gebeurt.

3 Uitlokken en doen plegen

De brede toepassing van het functioneel plegen en het medeplegen heeft er toe geleid dat de toepassing van de deelnemingsfiguren uitlokking en doen plegen in de strafrechtelijke praktijk sterk is teruggelopen. Dat komt uit de gesprekken met (welhaast) alle respondenten terug. Alleen al tegen die achtergrond rijst de vraag of het aanbeveling verdient twee deelnemingsfiguren te behouden die beide zien op het door tussenkomst van een ander bewerkstelligen van een delict. In Oostenrijk wordt een vergelijkbaar onderscheid binnen het systeem van de eenheidsdader niet gemaakt; daar wordt de ‘Bestimmungstäter’ als één van drie soorten daders aangemerkt.

Daar komt bij, en dat is belangrijker, dat de scheidslijn tussen doen plegen en uitlokking in Nederland thans getrokken wordt aan de hand van een criterium waar moeilijk een overtuigende ratio voor gevonden kan worden. Doen plegen vereist een straffeloze dader; aangenomen wordt gewoonlijk dat uitlokking een strafbare dader vereist. In de literatuur is kritiek geuit op dit onderscheid; uit de vraaggesprekken blijkt dat die kritiek door (veel) respondenten wordt gedeeld.

De kritiek spitst zich daarbij vooral toe op de deelnemingsfiguur doen plegen. De beperking van deze strafbaarstelling tot gevallen waarin de uitvoerder niet strafbaar is, roept vooral vragen op. En deze beperking kan de enkele keer dat uitdrukkelijk doen plegen ten laste is gelegd, ook tot ongelukken leiden. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar HR 9 februari 2010, LJN BK0688, waar in een op doen plegen toegespitste tenlastelegging met zoveel woorden ten laste was gelegd dat de uitvoerders strafrechtelijk niet aansprakelijk waren. Er werd gecasseerd omdat dit niet uit de bewijsmiddelen bleek.

De Hullu heeft gesuggereerd om doen plegen als zelfstandige deelnemingsfiguur te schrappen.¹⁹³ In samenhang daarmee zou de uitlokking ook op situaties moeten (gaan) zien waarin de uitgelokte straffeloos is.¹⁹⁴ Uit de vraaggesprekken blijkt, dat voor die suggestie bij de respondenten steun bestaat. De overheersende gedachte lijkt, dat waar het gaat om het bewerkstelligen dat een ander een delict pleegt, veelal met functioneel plegen zal kunnen worden gewerkt.¹⁹⁵ In de gevallen waar dat anders ligt, zal een - al dan niet aangepaste - regeling van uitlokking uitkomst moeten en kunnen bieden.¹⁹⁶

In die regeling van de uitlokking staan de uitlokkingsmiddelen centraal. Als daders van een strafbaar feit worden gestraft zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen het feit opzettelijk uitlokken. Een deel van de respondenten meent dat de uitlokkingsmiddelen met de 'medeplichtigheidsmiddelen' kunnen worden afgeschaft. Uit andere interviews komt naar voren, dat voor de wettelijke constructie van de uitlokking nog steeds steun bestaat. De opsomming van uitlokkingsmiddelen wordt door dit deel van de respondenten gezien als een handvat waarmee de aansprakelijkheid van de uitlokker goed vorm kan worden gegeven. Betrekkelijk algemeen is de indruk dat de uitlokkingsmiddelen zo ruim worden uitgelegd dat de limitatieve opsomming niet als knellend wordt ervaren.

Uit de steun die uit een deel van de interviews naar voren komt voor de bestaande opsomming van uitlokkingsmiddelen volgt niet dwingend dat het limitatieve karakter van deze opsomming behouden zou moeten blijven. Als deze opsomming niet een limitatief karakter zou hebben, biedt zij dezelfde steun bij het

¹⁹³ De Hullu 2009, p. 457, 466.

¹⁹⁴ De Hullu 2009, p. 466 meent dat de eis van een strafbare feitelijke uitvoerder bij uitlokking nu al niet geldt.

¹⁹⁵ Knigge heeft eerder de suggestie gedaan om wettelijk te bepalen dat onder plegers van een strafbaar feit mede worden begrepen zij die het feit doen plegen of laten plegen (Knigge 1992, p. 154). Doen plegen zou, in deze opzet, een andere betekenis toekomen, het zou meer een wettelijke inkadering van functioneel plegen worden. Het is echter de vraag of daar bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling nog iets mee gewonnen zou worden. Uit de interviews komt niet een behoefte aan wijziging naar voren.

¹⁹⁶ Gedacht kan met name worden aan de situatie waarin alleen de uitvoerder een voor plegen noodzakelijke kwaliteit heeft. Vgl. Swart 1988.

concretiseren van de aansprakelijkheid van de uitlokker in de tenlastelegging. En dat het limitatieve karakter in de praktijk niet als knellend is ervaren, betekent niet dat het openbreken van dat limitatieve karakter op inhoudelijke gronden minder wenselijk zou zijn.

Het inhoudelijke argument voor het limitatieve karakter van de opsomming van uitlokkingsmiddelen is tot dusver gezien in de rechtszekerheid. Tegen de achtergrond van de ontwikkeling die het stelsel van daderschap en deelneming heeft doorgemaakt, kan echter de vraag worden opgeworpen of dat argument het limitatieve karakter van de opsomming nog steeds rechtvaardigt. De opgesomde uitlokkingsmiddelen zijn zo ruim uitgelegd, zeker waar dat het verschaffen van inlichtingen betreft, dat de toegevoegde waarde van de opsomming uit oogpunt van rechtszekerheid beperkt is.¹⁹⁷ En, belangrijker nog: wanneer de regeling van daderschap en deelneming in zijn totaliteit wordt bekeken, blijkt dat andere constructies op het niveau van de wet veel minder precies geregeld zijn. Dat geldt voor het functioneel plegen van natuurlijke personen, het geldt voor het medeplegen, en het geldt ook voor aansprakelijkheid van rechtspersoon en feitelijk leidinggever. Wij zijn dan ook niet van mening dat uitlokking bij het doorbreken van het limitatieve karakter van de uitlokkingsmiddelen te vage contouren zou krijgen.

Een argument voor het doorbreken van het limitatieve karakter van de uitlokkingsmiddelen is bovendien dat, bij het schrappen van de bestaande deelnemingsfiguur van het doen plegen, in voldoende mate verzekerd zou moeten zijn dat constructies die daar onder vallen en die niet als functioneel plegen worden opgevat, als een vorm van uitlokking strafbaar zijn.¹⁹⁸ Uit de gesprekken met de respondenten kwam als voorbeeld het 'misbruik van overwicht' naar voren. In sommige gevallen zal dat misbruik van gezag opleveren: de vader die zijn kind ophitst om andere kinderen te schoppen en te slaan, zal om die reden waarschijnlijk wel als uitlokker kunnen worden veroordeeld. Maar hoe staat het als een kind wordt opgehitst door de buurvrouw, of een oudere broer?

Uit de bespreking van de Oostenrijkse 'Bestimmungstäter' blijkt, dat daar een veel ruimere benadering gekozen is: 'Unter Bestimmung eines anderen (..) ist die vorsätzliche Veranlassung dieses anderen zur Tatbegehung zu verstehen, wobei als Bestimmen alle Verhaltensweisen in Betracht kommen, die einen Anstoß zur Ausführung der Straftat geben, also damit in einem ursächlichen Zusammenhang stehen.' 'Bestimmung' kan ook de enkele overreding zijn, en onder omstandigheden zelfs het schijnbaar afraden de handeling te verrichten (hoofdstuk 3, par. 3.3.2).

Alles tezamen genomen menen wij dat er aanleiding is om twee wijzigingen in de Nederlandse wettelijke regeling van doen plegen en uitlokking aan te brengen. Doen plegen kan worden geschrapt. En de limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen kan worden doorbroken. Dat kan op verschillende manieren. De omschrijving van uitlokking kan zo worden gewijzigd dat ook zij die 'door een andere feitelijkheid' het strafbare feit opzettelijk uitlokken, daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld.¹⁹⁹ Denkbaar is ook een wijziging waarbij de uitlokkingsmiddelen geheel verdwijnen uit de wetbepaling.²⁰⁰

¹⁹⁷ Vgl. De Hullu 2009, p. 461-464.

¹⁹⁸ Waarbij het wel de vraag is hoe ver functioneel plegen hedentendage reikt. Vgl. Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005, p. 544-545.

¹⁹⁹ In de ontwerpen van een Wetboek van Strafrecht voor Aruba en de Nederlandse Antillen is een dergelijke wijziging voorgesteld; vgl. Korenhof 2008, p. 67 e.v.; De Hullu 2007, p. 172. In deze

Tussen beide wijzigingsvoorstellen bestaat daarbij samenhang in die zin, dat het schrappen van doen plegen naar onze mening slechts in de rede ligt als de uitlokking op een van de aangegeven wijzen wordt uitgebreid. Bij een groot deel van de respondenten bestaat steun voor een dergelijke aanpassing van het wettelijk stelsel die de regeling van de uitlokking eenvoudiger en de wettelijke regeling van daderschap en deelneming evenwichtiger zou maken. Een aanpassing bovendien waaraan een verandering in de processuele werkwijze verbonden kan worden die de verschillen met de Oostenrijkse praktijk reduceert (zie hierna, par. 5).

4 *Medeplegen en medeplichtigheid*

Als daders van een strafbaar feit worden, naast de pleger, doen pleger en uitlokker, gestraft zij die het feit medeplegen. Ook dat is, net als de figuur van het (functioneel) plegen, een aansprakelijkheidsconstructie waarvan het bereik sinds 1886 sterk is uitgebreid. Lijfelijke aanwezigheid bij het uitvoeren van een strafbaar feit is geen vereiste (meer) voor medeplegen. Een bewuste en nauwe samenwerking volstaat. En het zich niet distantiëren van strafbare gedragingen kan bij het bewijs van medeplegen onder omstandigheden een belangrijke rol spelen (zie hoofdstuk 2, par. 3.3).

Uit de vraaggesprekken komt naar voren dat het Nederlandse concept van het medeplegen zoals zich dat in de jurisprudentie ontwikkeld heeft, in de praktijk wel tot wat onduidelijkheid leidt. Dat geldt voor de rol van het zich niet distantiëren van het strafbaar feit door een daarbij betrokkene als element in een bewijsconstructie van medeplegen. Het geldt ook voor de verhouding tot medeplichtigheid. Er wordt gesproken van een grijs gebied, waarin de ene rechter voor medeplegen kiest en de andere voor medeplichtigheid. En het geldt ook voor het antwoord op de vraag wanneer van medeplegen kan worden gesproken ondanks de afwezigheid van één van de betrokkenen bij de uitvoering van het strafbare feit, al lijkt het algemene beeld wel helder: een ontbrekende rol bij de uitvoering moet worden gecompenseerd in een grotere rol bij de voorbereiding. De eis van dubbel opzet (op medeplegen en op de door het opzet bestreken bestanddelen van het delict) levert volgens de meeste respondenten zelden een groot probleem op.

In Oostenrijk wordt aan het concept van de ‘unmittelbare Mittäter’ een andere, veel strakkere invulling gegeven. Onmiddellijke mededaders zijn zij die ‘de tatbestandliche, dh dem Wortlauttatbestand entsprechende und vom gemeinsamen Vorsatz getragene Ausführungshandlung ganz oder zumindest teilweise selbst vornehmen’. De onmiddellijke mededader moet dus, net als de onmiddellijke alleen-dader, een directe uitvoeringshandeling van het delict verrichten. Dat is een betrekkelijk eenvoudig criterium (hoofdstuk 3, par. 3.2.3). Personen die op andere wijze aan een delict bijdragen kunnen aansprakelijk zijn als ‘Bestimmungstäter’ en (vooral) ‘Beitragstäter’. Is dat concept te prefereren?

variant blijft het mogelijk om het strafbaarheidsbereik van de uitlokking met behulp van uitlokkingsmiddelen af te bakenen. Misbruik van overwicht kan bijvoorbeeld wel als feitelijkheid worden aangemerkt, enkele aansporing niet.

²⁰⁰ Vgl. § 26 van het Duitse Strafgesetzbuch: ‘Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.’ Zie hierover Wolswijk 2009. Bij een keuze voor deze variant kan de leer van de redelijke toerekening voor een beperking van strafbaarheid wegens uitlokking zorgen.

Het antwoord op deze vraag hangt in belangrijke mate samen met het bestaansrecht van medeplichtigheid als afzonderlijke deelnemingsconstructie met een betrekkelijk nauwkeurig omschreven reikwijdte (art. 48 Sr), een beperkter bereik (niet bij poging en overtreding, artt. 48 en 52 Sr) en lagere strafmaxima (art. 49 Sr). Wanneer medeplichtigheid net als in Oostenrijk als een vorm van daderschap zou worden gezien, met hetzelfde bereik en hetzelfde strafmaximum als (mede)plegen, zou het medeplegen ook in Nederland strakker en eenvoudiger begrensd kunnen worden. Het onderscheid kan (alleen) in een dergelijk systeem een technisch karakter krijgen, waarin het waarderende element ontbreekt.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van ons Wetboek van Strafrecht blijkt dat de wetgever zich van het weinig strakke karakter van de grens tussen medeplegen en medeplichtigheid bewust is geweest. Het onderscheid was volgens leden van de Tweede Kamer ‘moeijelijk te vatten. Iemand die opzettelijk behulpzaam is, werkt ook opzettelijk mede.’ Dat betekende echter niet dat de Tweede Kamer van het onderscheid af wilde: ‘het verkeerde en in theorie afgekeurde beginsel van gelijkstelling van strafbaarheid van dader en medepligtige (mag niet) worden aangenomen alleen omdat er gevallen kunnen zijn waarin onderscheiding tusschen daad en medepligtigheid moeilijkheden kan opleveren’ (hoofdstuk 2, par. 2.1). De vraaggesprekken laten zien dat voor deze keuze nog steeds steun bestaat, al zijn er ook andere geluiden te horen. Verschillende respondenten vinden het gelukkig, dat op het niveau van de kwalificatie onderscheid wordt gemaakt tussen medeplichtigen en daders. Zij vinden het gelukkig dat de kwalificatie aangeeft dat de medeplichtige een lichter verwijt treft dan de pleger.²⁰¹

Die keuze kan vanzelfsprekend ook anders gemaakt worden. Dat is in Oostenrijk als gezegd gebeurd. De gedachte dat ondergeschikte bijdragen aan een delict anders gewaardeerd moeten worden dan een verantwoordelijkheid als dader, is daar op andere wijze tot uitdrukking gebracht. Als de dader ‘nur in untergeordneter Weise beteiligt war’ aan het delict, geldt een wettelijke strafverminderingsgrond. De gedachte daarachter is dat in zo een geval sprake is van een ‘wesentlichen Herabsetzung des Bewußtseins der eigenen Verantwortlichkeit’. Deze strafverminderingsgrond kan bij alle daders in beginsel van toepassing zijn, maar is in de praktijk vooral bij ‘Beitragstäter’ van belang (hoofdstuk 3, par. 7.2). Het is derhalve niet zo, dat waarderingsvragen als welke in Nederland bij het afgrenzen van medeplichtigheid en medeplegen spelen, in Oostenrijk niet ter zake doen. Dat soort vragen komt in Oostenrijk bij de straftoemeting aan de orde. Of dat winst is, kan worden betwijfeld. Het is uit oogpunt van legaliteit, verdedigings-rechten en behoorlijkheid van procesvoering aantrekkelijker dat de factoren die bestraffing als dader rechtvaardigen, in een toereikende bewijsmotivering verwerkt moeten worden. Bij de vraaggesprekken is ook gebleken dat het Oostenrijkse model door weinigen van de respondenten die daar op ingingen aantrekkelijk werd gevonden.

Intussen blijkt uit het voorgaande dat ook het Oostenrijkse recht van de gedachte uitgaat dat een ondergeschikte bijdrage aan een misdrijf strafrechtelijk anders gewaardeerd moet worden dan het begaan van dat misdrijf. De gelijkschakeling op het niveau van kwalificatie van alle ‘Täter’ die met identiek opzet een strafbaar feit plegen of daaraan deelnemen, is daar te plaatsen tegen de achtergrond van een uitgebreid stelsel van wettelijke strafvermindering- en strafverhogingsgronden. In Nederland ontbreekt een dergelijk stelsel. Bij enkele misdrijven bestaan specifieke

²⁰¹ Wat het strafbare feit betreft volgt de kwalificatie die van de pleger, maar de vermelding van medeplichtigheid drukt uit dat het om een lichter verwijt gaat.

strafvermindings- en strafverhogingsgronden, maar een algemeen stelsel als in Oostenrijk kennen wij niet. Nu valt voor een aanscherping van de wettelijke normering van strafoplegging best wat te zeggen. De keuze voor een dergelijke ingrijpende aanpassing van ons wettelijk stelsel vergt evenwel een veel bredere afweging, en gaat dit onderzoek te buiten. Hier behoeft slechts te worden vastgesteld dat bij het ontbreken van een algemeen stelsel van wettelijke strafvermindings- en strafverhogingsgronden een keuze voor gelijkstelling van medeplichtigen aan daders niet in de rede ligt. Een deel van de respondenten dacht daar overigens anders over.

Daarmee is niet gezegd dat er aan de huidige begrenzing van medeplegen en medeplichtigheid niets te verbeteren valt. Voor een deel kan dat langs jurisprudentiële weg gebeuren. Wat het niet distantiëren als element in een bewijsconstructie van medeplegen betreft, heeft de Hoge Raad al een aantal arresten gewezen die verduidelijken hoe dit element gewogen dient te worden. HR 22 december 2009, LJN BK3356, NJ 2010, 193 m.nt. P.A.M. Mevis is daar een goed voorbeeld van. Onduidelijkheden op dit punt kunnen door nieuwe jurisprudentie (mogelijk ook eens een overzichtsarrest) verder verdwijnen. En dat geldt ook voor situaties waarin een medepleger bij de uitvoering afwezig is. Het beeld van communicerende vaten (afwezigheid bij de uitvoering moet worden gecompenseerd door een grotere rol in de voorbereiding) zou in de jurisprudentie verhelderd kunnen worden. Een aanzet daartoe is te vinden in de conclusie van AG Knigge bij HR 9 maart 2010, LJN BJ7275, NJ 2010, 194, die suggereert om 'medeplegen bij afwezigheid' te beperken tot gevallen waarin sprake is van een actieve - initiërende, organiserende of coördinerende - rol in de voorfase.

Wat de medeplichtigheid betreft, zou aan wetswijziging kunnen worden gedacht. Wetswijziging is al eerder overwogen. In het wetsontwerp tot herziening van het Wetboek van Strafrecht uit 1900 werd gesproken van hen 'die opzettelijk eene handeling verrichten waardoor dat feit wordt bevorderd of gemakkelijk gemaakt.'²⁰² Aanvaarding en inwerkingtreding van dat wetsvoorstel zou tot een vereenvoudiging van de wettelijke constructie van medeplichtigheid hebben geleid. Eerder is aangegeven dat De Hullu en Wolswijk ook gedachten in deze richting hebben geformuleerd (hoofdstuk 2, par. 3.5). Voor een vereenvoudiging bestaat, zo bleek, steun in de praktijk, al zijn de respondenten niet eensgezind. Een deel van de geïnterviewden geeft aan dat de trits 'gelegenheid, middelen of inlichtingen' kan worden geschrapt. Deze personen menen overigens dat het dan in de rede ligt ook de uitlokkingsmiddelen te schrappen. Ons inziens ligt het inderdaad niet in de rede, gelet op de samenhang in de deelnemingsregeling, om alleen bij de medeplichtigheid de middelen te schrappen.

Naar onze mening ligt een vereenvoudiging van de wettelijke regeling van de medeplichtigheid inderdaad voor de hand. De wet zou niet langer een scherp onderscheid behoeven te maken tussen voorbereidende en gelijktijdige medeplichtigheid. En de medeplichtigheidsmiddelen zouden kunnen worden geschrapt. Gedacht zou kunnen worden (in de lijn van het eertijdse wetsvoorstel) aan een formulering waarbij als medeplichtigen van een misdrijf worden gestraft zij die opzettelijk het plegen van het strafbare feit hebben bevorderd of gemakkelijk gemaakt.²⁰³

²⁰² Kamerstukken II 1900/01, 100.

²⁰³ Vgl. bijvoorbeeld ook § 27 van het Duitse Strafgesetzbuch: (1) 'Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

In het eerste, inleidende hoofdstuk bleek dat de gedachte van Van Toorenburg dat een ‘Einheitstätersystem’ ook voor Nederland aantrekkelijk is, in belangrijke mate stoelt op de wijze waarop in het Oostenrijkse strafprocesrecht met dat stelsel wordt gewerkt. Die werkwijze komt er op neer dat in het vonnis eerst de bewezen verklaarde feiten worden vastgesteld. Daarna wordt in de ‘rechtliche Beurteilung’ aangewezen welk strafbaar feit de bewezen verklaarde feiten opleveren. De rechter is daarbij niet gebonden aan de kwalificatie die in de tenlastelegging is opgenomen. Voor de daderschapsvormen geldt dat door de ‘rechtliche Gleichwertigkeit’ de ene daderschapsvorm niet zwaarder is dan de andere. Zo stelt het OGH dat een tenlastelegging die is toegespitst op ‘unmittelbare Täterschaft’ daarmee tevens het verwijt bevat van de andere daderschapsvormen (hoofdstuk 3, par. 8.1.). Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet is binnen het Nederlandse grondslagstelsel, zoals dat in de praktijk wordt gehanteerd, deze werkwijze tot dusver niet mogelijk geacht. Als in een tenlastelegging enkel medeplegen ten laste is gelegd, behoort kwalificatie van het bewezenverklaarde als uitlokking niet tot de mogelijkheden.

Uit de vraaggesprekken komt naar voren dat voor het Nederlandse grondslagstelsel nog steeds brede steun bestaat. Mede tegen die achtergrond ligt het niet in de rede in dit rapport, dat betrekking heeft op deelnemingsfiguren, dat stelsel min of meer ten principale ter discussie te stellen. Dat brengt mee dat in gevallen waarin medeplichtigheid expliciet noch impliciet subsidiair aan medeplegen ten laste is gelegd, geen mogelijkheden bestaan om tot een bewezenverklaring van medeplichtigheid te komen.

Misschien kan de vereenvoudiging van de wettelijke vormgeving van medeplichtigheid wel meebrengen dat dit geval zich minder vaak voordoet. Tenlastegelegd hoeft slechts te worden (bij een keuze voor de formulering uit het wetsvoorstel van 1900) dat het strafbare feit is bevorderd of gemakkelijk gemaakt. Naar onze mening kan een nadere concretisering van de medeplichtigheidsgedragingen bovendien achterwege blijven. Een tenlastelegging van medeplichtigheid waarin tot uitdrukking is gebracht dat de betrokkene het omschreven misdrijf heeft bevorderd of gemakkelijk gemaakt, zonder nadere omschrijving van de medeplichtigheidsgedragingen, komt ons voldoende feitelijk voor. Wij nemen daarbij in aanmerking dat ook de bij de uitvoering afwezige medepleger veroordeeld kan worden zonder nadere omschrijving van zijn bijdrage in tenlastelegging en bewezenverklaring (hoofdstuk 2, par. 4.2). Als tenlastelegging en bewezenverklaring van het ‘tezamen en in vereniging’ handelen kan volstaan, zien wij niet in waarom tenlastelegging en bewezenverklaring van ‘bevorderen of gemakkelijk maken’ niet ook zou kunnen volstaan. Dit temeer nu een ‘sobere’ wijze van tenlasteleggen van medeplegen door veel van de respondenten op prijs werd gesteld. Vanzelfsprekend zou een dergelijke vereenvoudiging van de wijze van tenlasteleggen van de medeplichtigheidsgedraging geen wijziging brengen in de eisen aan de tenlastelegging van het grondfeit.

Het Oostenrijkse strafprocesrecht is ook op een ander punt anders dan het Nederlandse. In het geval de Oostenrijkse rechter niet exact kan vaststellen welke van

(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung der Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.’ § 49 StGB schreibt vor, dass bei zeitlicher Gefängnisstrafe das Maximum mit einem Viertel vermindert wird.

de drie daderschapsvormen in aanmerking komt, maar wel met een voldoende mate van zekerheid kan vaststellen dat één van de drie vormen van betrokkenheid zich moet hebben voorgedaan, kan hij komen tot een ‘Wahlfeststellung’, een alternatieve kwalificatie (hoofdstuk 3, par. 8.3). Bij een alternatieve kwalificatie wordt vastgesteld dat ofwel het ene opengelaten alternatief juist is, ofwel het andere.

Ook in ons grondslagstelsel is aanvaard dat de rechter in de bewezenverklaring soms mag openlaten welk van een aantal alternatieven de juiste is. Uitgangspunt is zelfs dat een alternatieve bewezenverklaring mogelijk is wanneer elk van de alternatieven steun vindt in de bewijsmiddelen.²⁰⁴ De grens ligt evenwel daar, waar de keuze voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde van belang is.²⁰⁵ En de keuze of van plegen, medeplegen, doen plegen of uitlokken sprake is, acht de Hoge Raad van belang voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Dat blijkt bijvoorbeeld uit HR 7 september 2004, NJ 2004, 609. Daarin werd erover geklaagd dat bewezen was verklaard dat verdachte ‘tezamen en in vereniging met anderen en alleen telkens opzettelijk een belastingaangifte onjuist heeft gedaan’. De Hoge Raad casseert: ‘Het Hof heeft in de bewezenverklaring niet duidelijk gemaakt in hoeverre de verdachte ten aanzien van de verschillende aangiften ‘tezamen en in vereniging met een ander’ dan wel ‘alleen’ heeft gehandeld. Nu zulke duidelijkheid voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde van belang is, is het middel terecht voorgesteld.’

De keuze voor plegen of medeplegen heeft gevolgen voor de kwalificatie. De gedachte zou kunnen opkomen dat elke keuze die van belang is voor de kwalificatie, daarmee ook van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Dat is evenwel niet het geval. Een voorbeeld uit de sfeer van daderschap en deelneming levert HR 1 februari 2005, LJN AP8469, NJ 2006, 422 op. Daarin was in de kwalificatie zowel opdrachtgeven als feitelijk leidinggeven vermeld, terwijl de bewijsmiddelen voor opdrachtgeven geen steun boden. De Hoge Raad las de bewezenverklaring verbeterd, en overwoog daarbij dat een keuze tussen opdracht geven en feitelijke leiding geven van geen belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezen verklaarde. Een voorbeeld uit heel andere sferen levert HR 13 december 2005, LJN AU5757, NJ 2006, 13. Bewezenverklaard was dat de verdachte een politieagent mondeling had beledigd door deze in het gezicht te spuwen. In het gezicht spuwen is echter geen mondelinge belediging maar een belediging door feitelijke daden. De Hoge Raad liet de veroordeling evenwel in stand, en overwoog daarbij dat het onderscheid tussen een mondelinge belediging en een belediging door feitelijke daden voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde niet van belang is.²⁰⁶

Ons inziens is er reden om, in het geval de aanpassingen die wij in het voorgaande hebben voorgesteld gerealiseerd zouden worden, de (on)mogelijkheid van alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie van de in art. 47 Sr vermelde aansprakelijkheids-figuren te heroverwegen. De keuze tussen plegen, medeplegen en uitlokken wordt bij realisatie van die aanpassingen voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van minder belang. Zo maakt het voorstel om de geforceerde tweedeling

²⁰⁴ Vgl. HR 5 juli 2005, LJN AT5722.

²⁰⁵ Vgl. Pelser 1995, p. 76.

²⁰⁶ Past HR 6 juli 2010, LJN BL6761 volledig in dit plaatje? De Hoge Raad kwalificeert het bewezenverklaarde daar zelf als (kort gezegd) medeplegen van poging tot afpersing of gekwalificeerde diefstal, zonder aan dit criterium te refereren. Kenmerkend is derhalve wel dat het om een poging gaat.

tussen doen plegen en uitlokking op te heffen een einde aan de gedachte dat de strafbaarheid van de uitvoerder voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van groot belang is. En het voorstel om de limitatieve opsomming van uitlokkingsmiddelen te doorbreken of de opsomming van uitlokkingsmiddelen zelfs uit de wet te halen zou de verschillen tussen uitlokking enerzijds en medeplegen en (functioneel) plegen anderzijds verder doen afnemen.²⁰⁷

Anders ligt het in de situatie waarin (mede)plegen of uitlokking en medeplichtigheid ten laste zijn gelegd. Een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie is in dat geval niet mogelijk. Medeplichtigheid is met een lagere straf bedreigd dan (mede)plegen en uitlokking, en de keuze is derhalve strafrechtelijk van betekenis. De voorgestelde aanpassing van de strafbaarstelling van medeplichtigheid verandert daar niets aan. Is het bevredigend, dat de rechter in deze situatie tot een keuze gedwongen wordt?

Röling heeft zich daarover uitgelaten in zijn noot onder HR 1 maart 1949, NJ 1949, 308. Daarin was bewezen verklaard dat verdachte een diefstal tezamen en in vereniging met een ander had gepleegd. Het tweede middel meent dat dit niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan volgen, en AG Langemeijer acht dit middel gegrond. Zijns inziens zijn de aanwijzingen voor medeplichtigheid niet geringer dan voor mededaderschap. De Hoge Raad constateert dat uit de bewijsmiddelen volgt dat in de ochtend van 17 maart 1946 uit een garagebedrijf een partij gereedschappen is weggenomen, en dat requirant en een ander om 5.30 uur zijn aangetroffen waarbij een van hen een zak droeg waarin zich de vermiste gereedschappen bevonden. Uit een en ander kon het Hof volgens de Hoge Raad het bewezenverklaarde afleiden. Röling breekt in zijn noot een lans voor de alternatieve bewezenverklaring die tot meer dan één kwalificatie aanleiding kan geven. Hij gaat uit van de situatie waarin AG Langemeijer gelijk zou hebben gekregen. Het Hof zou dan volgens hem 'in een lastig parket kunnen geraken. Gesteld dat onschuld (..) met reden zou kunnen worden uitgesloten, dan ware er toch de reden-loze keuze nodig uit de twee alternatieven: medeplegen of medeplichtigheid. Of zou het Hof, als de ezel tussen de twee hooibergen, zijn strafrechtelijke honger niet gestild zien, en in arren moede moeten vrijspreken van beide (..)? Ware hier niet redelijker dan zodanige oplossing, en eerlijker dan de gekozen, de vaststelling dat verdachte schuldig was aan medeplegen althans medeplichtigheid? (..) Zoals bij de t.l.l. geldt, dat zij in ieder geval duidelijk moet zijn, zou bij het alternatieve vonnis dienen te gelden, dat er in ieder geval zekerheid zij, dat één der feiten is begaan. De strafmaat zou vanzelfsprekend zijn beperkt tot het laagste strafmaximum.'

Röling meent dat de alternatieve kwalificatie in deze situatie mogelijk kan worden gemaakt zonder wetswijziging. Een wetswijziging komt ons echter wel wenselijk voor. Dat bij dergelijke alternatieve kwalificaties het laagste strafmaximum toepasselijk is, dient ons inziens wettelijk verankerd te worden. En de wetgever zou zich erover moeten buigen, of nieuwe en andere begrenzings van alternatieve bewezenverklaringen en kwalificaties nodig zijn.²⁰⁸ De toepasselijkheid van een

²⁰⁷ Al blijven er verschillen (vgl. met name art. 47 lid 2 Sr). Gezegd is ook niet dat de keuze van de toepasselijke deelnemingsfiguur nooit van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van een feit. Zo is diefstal door twee of meer verenigde personen afzonderlijk en met een hogere strafbedreiging strafbaar gesteld (art. 311 Sr). Wat voorgesteld wordt, is een casuïstische benadering.

²⁰⁸ Daarbij zou de wetgever zich bijvoorbeeld op het Duitse recht kunnen oriënteren. Zie voor een inleiding in deze materie bijvoorbeeld Leipziger Kommentar 2003, aant. 94-142.

alternatieve kwalificatie behoeft namelijk niet noodzakelijkerwijs tot daderschap en deelneming beperkt te blijven. Gedacht kan bijvoorbeeld ook worden aan alternatieve bewezenverklaringen van diefstal en heling, in situaties waarin personen in het bezit van gestolen goed worden aangetroffen en onduidelijk blijft of zij het hebben gestolen of geheeld.²⁰⁹

In het kader van dit onderzoek volstaat de vaststelling dat een dergelijke wetswijziging ons voor zover het alternatieve kwalificaties van daderschap en deelneming betreft, gewenst voorkomt.²¹⁰ Er kunnen zich situaties voordoen waarin twee of meer personen op grond van het voorliggende bewijsmateriaal zonder twijfel schuldig zijn aan het (mede)plegen van of (passieve) medeplichtigheid aan (zeer) ernstige delicten, zonder dat zicht kan worden verkregen op de precieze rol van elk van deze personen. Een procesrecht dat tot een keuze dwingt, en zelfs tot de redenering kan leiden dat van plegen, medeplegen en medeplichtigheid moet worden vrijgesproken omdat voor elk van deze onderdelen van de tenlastelegging op zichzelf beschouwd onvoldoende bewijs aanwezig is, komt dan weinig aantrekkelijk voor.

6 *Daderschap rechtspersoon en feitelijk leiding geven*

Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Voor het geval een rechtspersoon verdacht wordt van een strafbaar feit, zijn de in HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (Drijfmestarrest) genoemde criteria van belang. Bij toerekening van een gedraging aan de rechtspersoon is onder meer van belang of het gaat om een handelen of nalaten van iemand die werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon, of de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon of de rechtspersoon dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf, dan wel of de rechtspersoon erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Overigens geven deze criteria niet altijd de doorslag.²¹¹

In Oostenrijk geldt een heel ander stelsel. Daar geldt als vertrekpunt dat de rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk is wanneer die ‘Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.’ Voor strafbaarheid is echter tevens vereist dat ‘Straftaten eines Entscheidungs-trägers’ respectievelijk ‘Straftaten von Mitarbeitern’ kunnen worden vastgesteld. Enigszins bijzonder is dat daarmee toch de gedachte van accessoriteit opduikt in het Oostenrijkse stelsel van daderschap en deelneming. De strafbaarheid van de rechtspersoon hangt af van strafbare feiten die door natuurlijke personen worden gepleegd.

In Nederland geeft de wet niet aan dat strafbare feiten van natuurlijke personen onder nader genoemde omstandigheden tevens als een strafbaar feit van de

²⁰⁹ Vgl. daarover Reijntjes 1993. Reijntjes valt Röling bij.

²¹⁰ Zo begrijpen wij ook Enschede in zijn noot onder HR 27 januari 1970, NJ 1970, 326: ‘er is óf met ons procesrecht óf met de wijze waarop het wordt gehanteerd iets mis, wanneer een vrijspraak volgt van een verdachte die zegt als (mede-)pleger óf als medeplichtige bij een poging tot diefstal betrokken te zijn, hetgeen door de bewijsmiddelen wordt gestaafd.’

²¹¹ Zie HR 9 maart 2004, LJN AN9919 (Schiphol); HR 22 juni 2010, LJN BK3526. Zie daarover Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005, p. 536.

rechtspersoon kunnen gelden. Wel bestaat tot op zekere hoogte een soort omgekeerde accessoriteit. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning namelijk tevens worden ingesteld tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging van de rechtspersoon. De aansprakelijkheid van natuurlijke personen is hier accessoir aan die van de rechtspersoon.

Uit de vraaggesprekken komt geen grote onvrede met de criteria uit het Drijfmestarrest naar voren. En de Slavenburgcriteria worden gezien als een goede en rechtvaardige afgrenzing van de aansprakelijkheid van de feitelijke leidinggever. Tegen die achtergrond zullen in dit onderzoek, waarin het functioneren van de Nederlandse deelnemingsregeling centraal stond, geen voorstellen tot aanpassing van de aansprakelijkheden van rechtspersonen en leidinggevers worden ontwikkeld.

7 *Afronding*

Geconcludeerd kan worden dat uit de interviews niet blijkt van fundamentele of principiële problemen met ons stelsel van daderschap en deelneming. Er is vanuit dat perspectief derhalve weinig aanleiding om tot grote aanpassingen te komen. Wel ligt het naar onze mening in de rede om enkele bescheiden wijzigingen in het stelsel door te voeren. Doen plegen kan worden geschrapt als de redactie van uitlokking wordt vereenvoudigd. De formulering van medeplichtigheid kan worden vereenvoudigd. Met deze wijzigingen wordt ook processuele winst worden geboekt. De tenlastellegging van medeplichtigheid en mogelijk ook uitlokking wordt eenvoudiger. Bovendien ontstaat de mogelijkheid van alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie van vormen van daderschap en van (bij aanvullende wetswijziging) medeplichtigheid. Zo kunnen aantrekkelijke aspecten van het Oostenrijkse straf(proces)recht betreffende het 'Einheitstätersystem' in ons recht worden geïncorporeerd zonder dat tot een stelselwijziging hoeft te worden overgegaan.

Summary

Since 1886, the Dutch Penal Code has defined and differentiated between liability for perpetration and liability for participation. In a thesis dating from 1998, M.M. van Toorenborg argued that an *Einheitstätersystem* is preferable to this system. An *Einheitstätersystem* is a monistic system characterized by the fact that all persons involved are regarded as perpetrators and the same maximum penalty applies to each person. The role of each individual is not considered until sentencing takes place. Austria has an *Einheitstätersystem*, which Van Toorenborg discusses. Van Toorenborg's analysis is the starting point for this study, which focuses on the functioning of existing Dutch legislation on perpetration and participation.

Following an introductory chapter that sets out the background, structure and limitations of the study, the second chapter describes Dutch law relating to perpetration and participation. First, the legal history of the current provisions is discussed. This discussion shows that, at the time, there were extensive deliberations regarding the relationship between co-perpetration and complicity. It becomes apparent that there was broad support at the time for the distinction between the two modes of participation. Members of parliament, in particular, were evidently aware that it was not possible to make a clear distinction in advance. They trusted that this would develop in legal practice.

The intent of the participant was also the subject of extensive discussion. It is apparent from the discussion that, according to the legislator, the co-perpetrator should not be treated differently from a (sole) perpetrator. Elements of the offence for which intent does not need to be established on the part of the perpetrator, are also excluded from the co-perpetrator's intent. The approach to a person who incites a crime was somewhat different. The main principle is that the instigator is only liable for the offences that he has knowingly incited. Aggravating consequences are a statutory exception to this. These are also 'taken into account' with regard to the instigator/inciter. In the case of an accomplice, the legislator has chosen a similar approach but the procedural aspects are different. The less far-reaching intent of the accomplice is not reflected in the legal qualification of the offence, but is taken into account when the penalty is determined.

The means of incitement were a further point of attention for the legislator. The limitative enumeration of means of incitement was discussed in the plenary sessions, but Minister Modderman did not agree that the limitative character should be discarded. The means of incitement were extended anyway in 1924, when certain means of complicity (the provision of opportunity, means and information) also became means of incitement.

According to the legislator, Article 51 of the Penal Code, which was implemented in 1976, did not contain a significant change of principles. In legal history there is not actually a further definition of cases in which an act committed by the legal entity or by natural persons in control of the acts of a corporation, can be assumed.

The case law relating to perpetration and participation is then discussed. The main point to emerge from this discussion is that the commission of a crime is not only a matter of perpetrators fulfilling the description of the offence 'with their own hands'. Functional perpetration by natural persons (in short, causing another person to commit a criminal offence) is a possibility in many offences. And there are many offences that legal entities can commit. The criteria for functional perpetration and

perpetration by a legal entity are not completely clear, but it is clear that the criteria of the Drijfmeest ruling (Dutch Supreme Court, 21 October 2003, NJ 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis) allow for a case-by-case approach when establishing the liability of legal entities. A limitation to perpetration still lies in the requirement of the presence on the part of the perpetrator of an implicit or explicit quality required by the description of the offence. Further, the role of the implementer can be so independent that the 'processor' of the offence cannot be designated as the person who committed it. The *mens rea* required by the description of the offence must be present in the committer himself. The intent of a legal entity can be established by means of attribution of intent of natural persons. But it can also derive from a course of events involving acts that are chargeable to the legal entity.

'*Doen plegen*' is a Dutch mode of participation where an offender does not carry out the *actus reus* himself, but instead uses an innocent agent. This mode can only be assumed if the agent is indeed not criminally liable. The scope of co-perpetration has been increasingly extended since the Dutch Penal Code came into force. The 'Container Theft' ruling (Dutch Supreme Court, 17 November 1981, NJ 1983, 84 m.nt. ThWvV) was an important milestone because since then, physical presence is no longer a requirement for establishing co-perpetration. Later case law accepts that a conscious and close cooperation is sufficient. Not disassociating oneself from a criminal offence is, in itself, not sufficient grounds for presuming that the accused is a co-perpetrator, but can play an important role in substantiating evidence of co-perpetration. With regard to the intent of the co-perpetrator, the Dutch Supreme Court ('Hoge Raad') works with a form of general intent whereby establishing a conscious and close cooperation sometimes appears to include *dolus eventualis*.

From case law regarding incitement, it is evident that the means of incitement are interpreted in a broad sense. A certain difference between the criminal offence intended by the inciter and the offence actually committed does not affect liability *per se*. This also applies to complicity: the criminal offence must fall within a certain range in respect of the crime that the accomplice intended to commit. Article 49 paragraph 4 of the Penal Code fulfils a correcting function when determining the penalty.

In the case of natural persons in control of (criminal) acts of a corporation, case law shows that the 'Slavenburg criteria' (accepted in the Slavenburg ruling, Dutch Supreme Court 16 December 1986, NJ 1987, 321 en 322 m.nt. 'tH) are still decisive. Central to these criteria are the failure to take measures to prevent conduct and accepting the significant chance that such conduct will occur.

Following this, in the final section of Chapter 2 procedural law is discussed that governs the application of the provisions on perpetration and participation. Under Article 6 of the ECHR, the court is bound to the charge(s) to a certain degree. Ultimately, the rights of the accused are decisive, i.e. whether the information given to the accused regarding the accusation against him enabled him to defend himself against the facts for which he was convicted.

In the Netherlands, a system of principles is used that implies that the court is more strictly bound to the charges. The mode of participation with which a person is charged, is expressed in the charge and the court cannot declare any other mode of participation proven. In this context it is understandable that in many cases all forms of perpetration and participation to be taken into account, are processed in the form of alternative or subsidiary charges.

The third chapter deals with the Austrian *Einheitstätersystem*. In this system, the perpetrator is not only, as in a traditional *Teilnahmesystem*, anyone who independently and directly fulfils all counts of the offence, but all persons involved in bringing about the criminal offence. The concept of an *Einheitstätersystem* differs fundamentally from the concept of the *Teilnahmesystem* in a number of respects. All those participating in the offence are deemed perpetrators, and the emphasis is on differentiated sentencing. In addition, participators are not punished on the basis of their contribution to the offence committed by the perpetrator, but on the basis of the wrongs they have caused themselves. In the *Einheitstätersystem*, conceptual distinctions are of little significance and incorrect qualifications have few, if any, procedural consequences.

In the *Einheitstätersystem*, a distinction can be made between the formal system (that does not differentiate) and the functional system (that distinguishes between different types of perpetrator). The Austrian system was designated as a functional *Einheitstätersystem* in 1993 by the Supreme Court of Justice (*Oberster Gerichtshof*). Section 12 of the Austrian Penal Code recognizes three types of perpetrator: the *unmittelbare Täter* (direct perpetrator), the *Bestimmungstäter* (instigator) and the *Beitragstäter* (accessory). All three forms of perpetration apply to all offences. The *unmittelbare Täter* can be an *Alleintäter* (sole perpetrator) or *Mittäter* (co-perpetrator). This requires that the person has committed either the act of the offence (*Alleintäter*) or one of the acts of the offence (*Mittäter*). This is a formal and relatively straightforward criterion. Since this involves ‘internal boundaries’ in the *Einheitstätersystem*, and all forms of perpetration are equal, there is no need for a delineation based on an assessment of someone’s contribution to the offence.

Bestimmungstäterschaft and, above all, *Beitragstäterschaft* cannot be delineated without an evaluating criterion. *Bestimmungstäterschaft* presumes two actions: inciting another person to the act, and the act itself (quantitative accessoriness). The *Beitragstäter* is the person who contributes to the commission of the criminal offence in another way. The contribution must promote the act. It can involve an omission, but only if an obligation to act exists on the basis of a *Garantenstellung* (guarantor position). The *Bestimmungstäter* and *Beitragstäter* respectively must have the required mode of culpability for the fulfilment of the offence. Whether the person carrying out the act has that mode of culpability, is irrelevant. This is because, in the case of *Bestimmungstäterschaft* as well as *Beitragstäterschaft*, it is not a requirement to establish *qualitative* accessoriness: the (objective) act committed by the other person does not need to be a criminal offence, and the other person does not need to be a punishable (direct) perpetrator. Each person is punished in accordance with *eigenes Unrecht und Eigene Schuld* (own wrongdoing and culpability).

In the discussion on attempt to commit a crime, it becomes apparent that the distinction between the forms of perpetration is not entirely irrelevant. Attempted direct perpetration and *Bestimmungstäterschaft* is punishable, attempted *Beitragstäterschaft* is not. The Austrian Penal Code has separate provisions for offences requiring a certain quality on the part of the perpetrator, whereby participation in such offences is punishable in certain cases. In Austrian criminal law, legal entities are also punishable. Liability to punishment is statutorily based on punishable acts by *Entscheidungsträgers* (decision-makers) and *Mitarbeiters* (employees). Paragraphs 33 and 34 set out the grounds for reducing and increasing a penalty. Some of these grounds relate directly to the forms of perpetration. It is an aggravating circumstance if the perpetrator has incited someone else to commit the

offence (*‘zur strafbaren Handlung erführt hat’*), and it is a mitigating circumstance if he committed the offence under the influence of a third person, out of fear or obedience (*‘unter den Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat’*), or had only a subordinate involvement in the offence (*‘nur in untergeordneter Weise beteiligt war’*).

With regard to Austrian criminal procedure, it is above all important that, in the context of legal equivalence (*rechtliche Gleichwertigkeit*), complaints to the Austrian Supreme Court of Justice regarding the mode of perpetration deemed applicable by the court in the first instance, are unlikely to succeed if another mode of perpetration is involved. It also became apparent that the concept of *Wahlfeststellung* (‘alternative findings’) exists in Austrian law. This can be applied, for example, when on the basis of the facts it can be established that there is either *unmittelbare Mitäterschaft* or *Beitragstäterschaft*, without the judge being able to specify which of the two is involved.

A central question in this study was whether Dutch law relating to participation is perceived as opaque and cumbersome in legal practice. The functioning of current legal provisions regarding perpetration and participation were explored in interviews with twelve persons from criminal law practice: lawyers, public prosecutors and members of the judiciary. The fourth chapter is a report of these interviews.

Many of the interviewees indicated that persons are rarely charged with incitement. From this perspective alone, the limitative enumeration of means of incitement is not perceived as restrictive. The respondents were almost unanimous in the opinion that *‘doen plegen’* (where someone uses an innocent agent to commit the offence) can be dispensed with as an independent mode of participation. If this mode were abolished, more cases could be brought as incitement. A number of respondents indicated that the means of incitement should therefore be abolished or supplemented with abuse of power or of a position of vulnerability. In various interviews, the opinion was expressed that the mode of functional perpetration could be applied much more frequently, particularly in the case of general offences.

The respondents claim that it is sometimes unclear whether a case involves co-perpetration, or whether the scales should tip towards complicity. Other interviewees claimed that there is a lack of clarity regarding the role that not disassociating oneself from the offence plays in proving co-perpetration, and regarding the question of whether co-perpetration can be established despite the absence of one of the parties from the actual commission of the punishable offence. The members of the judiciary who were interviewed are surprised at the fact that, in many cases, the charges do not include complicity as a subsidiary charge. It is certainly not the case that complicity is always filed as a subsidiary charge automatically. Because it is bound to the charge(s), the court cannot establish and qualify a form of participation other than that specified in the charge(s). One respondent pointed out that, if this were made possible, important advantages of this principle would be lost. This could well be too high a price. The members of the Public Prosecution Service who were interviewed preferred to charge co-perpetration as generally as possible. In cases in which there is no subsidiary charge of complicity, many a court has looked to stretch the boundaries of co-perpetration.

There is not a great lack of clarity with regard to the definition of punishable behaviour due to complicity. The boundary between prior and simultaneous complicity is not perceived as highly troublesome; one of the judges remarked that this boundary had, in effect, already been dispensed with in the ruling of the Dutch

Supreme Court on 24 March 2009, LJN BG4831. However, it emerged from the interviews that there is a lack of clarity regarding passive complicity. Some of the interviewees indicated that the trio ‘opportunity, means or information’ can be dispensed with. One respondent suggested dispensing with the distinction between complicity and co-perpetration, and another suggested that this should in any case be given serious consideration. Other respondents have objections to this, mainly based on considerations of legality and the lower punishability of the accomplice’s contribution. Very few of the respondents who expressed views on the Austrian model found it to be an attractive alternative.

With regard to legal entities, it emerged from the interviews that the ‘Drijfnet ruling’ criteria are effective guidelines in terms of establishing perpetration by a legal entity, although their significance should not be made absolute. In the view of one lawyer, the criteria are too broad. A respondent from the Public Prosecution Service claims that the conclusion that intent on the part of the legal entity cannot be established, is too hastily reached. With regard to natural persons in control of (criminal) acts of a legal entity, the respondents are of the view that the ‘Slavenburg criteria’ enable an effective and fair delineation of responsibility.

The fifth and final chapter is a concluding chapter. The overall picture emerging from the interviews is that the Dutch legal provisions relating to perpetration and participation are not perceived as problematic. However, the discussions reveal that there are grounds for examining whether improvements could be made to a number of aspects of the legal regulation of perpetration and participation and its implementation in practice.

In terms of perpetration, it is the underutilization of the mode of functional perpetration that draws attention. A possible explanation for this underutilization emerged during the interviews. When indicting for general offences, models based on participation constructions are used. In our opinion, it is advisable for the Public Prosecution Service to modify this practice.

The application of the ‘incitement’ and ‘*doen plegen*’ modes has seen a sharp decrease in criminal law practice. Moreover, the dividing line between the two modes of participation is established using a criterion for which it is difficult to find a convincing rationale. With regard to the means of incitement, some of the respondents are of the opinion that these can be dispensed with, together with the means of complicity. Other respondents see them as a useful basis for defining the liability of the instigator. This basis can, however, be maintained when breaking through the limitative character of the enumeration. The suggestion is to make two related amendments to the legal regulation of ‘*doen plegen*’ and ‘incitement’. ‘*Doen plegen*’ can be abolished. And the limitation of punishable incitement by a limitative enumeration of means to incitement can be dispensed with.

With regard to co-perpetration and complicity, the central question is whether complicity still has a right of existence as a separate mode of participation with a precisely defined scope, a more limited reach, and lower maximum penalties. Legal history shows that the legislator has been aware of the vague character of the distinction between co-perpetration and complicity. From the interviews it emerged that there is still support for distinguishing between the two, although opposing views were also expressed. This does not mean to say that, if the distinction between co-perpetration and complicity is maintained, no improvement can be made to their definition. In the case of co-perpetration, clarification could come mainly from new case law. With regard to complicity, in our view the solution would be to simplify the

legal regulation, for example by means of a formulation whereby the persons sentenced as parties to a crime are those who knowingly encouraged or facilitated the commission of that act.

With regard to the procedural law that governs the application of perpetration and participation, it is notable that there is still broad support for the principles of the Dutch system. Partly for this reason, it would not be appropriate in this report, which deals with modes of participation, to raise for discussion the merits of that system. This means that, in cases where complicity is not a (subsidiary) charge, there are no possibilities for the courts to establish complicity. Perhaps the suggested simplification of complicity will mean that this occurs less frequently.

Until now, the Dutch Supreme Court has limited the possibility for alternatives in findings of fact and qualifications to choices that are not important in terms of the meaning in criminal law of the facts found. And the choice between co-perpetration, incitement and '*doen plegen*', is considered important in the aforementioned sense. In our view, there are grounds for reviewing this choice when realizing the proposed modifications, because the differences between perpetration, co-perpetration and incitement are thereby reduced. In addition, in our view it is advisable to make possible, by means of an amendment to the relevant act, alternative judicial finding of fact and qualification as co-perpetration and complicity, and to establish statutorily that the lowest maximum penalty applies in such situations.

Finally, no amendment is proposed with regard to the criteria for perpetration by legal entities and by natural persons in control of (criminal) acts of a legal entity.

Literatuur

Bertel & Venier 2004

C. Bertel & A. Venier, *Grundriß des österreichischen Strafprozeßrechts*, Wenen: Manz 2004

De Hullu 2007

J. de Hullu, 'Inspiratie uit de West voor een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafrecht', in: *Pet af*, liber amicorum D.H. de Jong, red. B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk, Nijmegen: WLP 2007, p. 155-176.

De Hullu 2009

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2009.

De Jong 2007

D.H. de Jong, 'Vormen van strafbare deelneming', in: *Plegen en deelnemen*, red. J.B.J. van der Leij, Deventer: Kluwer 2007, p. 113-133.

De Jong 2009

D.H. de Jong, 'Karakterverschillen tussen medeplegen en medeplichtigheid', in E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 29-43.

De Valk 2009

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. RUG), 2009 (proefschrifteditie).

Engert 2005

F. Engert, *Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer? Die Wege des österreichischen und deutschen Strafrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2005

Fabrizy 2008

E.E. Fabrizio, *Die österreichische Strafprozessordnung (StPO) mit dem neuen Vorverfahren und den wichtigsten Nebengesetzen: Kurzkommentar*, Wenen: Manz 2008

Fuchs 2008

H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wenen: Springer 2008

Gritter 2007

E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijk persoon', in: *Plegen en deelnemen*, red. J.B.J. van der Leij, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31.

Gritter 2009

E. Gritter, 'Functioneel daderschap: dogmatische inbedding en praktische uitwerking', in E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 13-28.

Hamdorf 2002

K. Hamdorf, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht: ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Freiburg/Breisgau: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2002

Kienapfel 1971

D. Kienapfel, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main: Klostermann 1971

Kienapfel 1974

D. Kienapfel, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, *JBl* (Juristische Blätter) 1974, p. 113-123

Kienapfel & Höpfel 2009

D. Kienapfel & F. Höpfel, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Wenen: Manz 2009

Knigge 1992

G. Knigge, Doen en laten; enige opmerkingen over daderschap, *DD* 1992, p. 128-154.

Knigge 2003

G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in *Glijdende schalen*, liber amicorum J. de Hullu, red. M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink, Nijmegen: WLP 2003, p. 291-321.

Korenhof 2008

A. Korenhof, 'Doen plegen en uitlokking', in: *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, red. H. de Doelder, Nijmegen: WLP 2008, p. 67-76.

Krabbe 1985

H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking', in *Daderschap en deelneming*, red. J.L. van der Neut, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1985, p. 97-113.

Krabbe 2007

H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking', in: *Plegen en deelnemen*, red. J.B.J. van der Leij, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152.

Leipziger Kommentar 2003

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11., neu bearbeitete Auflage, Erster band, De Gruyter Recht, Berlin 2003, Günter Gribbohm.

Mitteilungen der IKV 1896

Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, Band 5, Berlin 1896

Nowakowski 1982

F. Nowakowski, Zur Einheitstäterschaft nach § 12 StGB insbesondere im Hinblick auf § 15 Abs 2 StGB, RZ (Österreichische Richterzeitung) 1982, p. 124-127

Pelser 1995

C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint BV 1995.

Reijntjes 1993

J.M. Reijntjes, 'Over helers, stellers en rechters', in: *Een rariteitenkabinet. Opvallende bepalingen in de strafwetgeving*, red. A.A. Franken en A.M. van Woensel, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 69-74.

Rotsch 2009

T. Rotsch, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen: Mohr Siebeck 2009

Schöberl 2006

W. Schöberl, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell: die strafrechtliche Beteiligungsregelung in Österreich und den nordischen Länder*, Wenen: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2006

Seiler 2009

Seiler, S., *Strafprozessrecht*, Wenen: Facultas Universitätsverlag 2009

Smidt I 1881

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz., deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881.

Swart 1988

A.H.J. Swart, 'Reizen in deelnemingsland', in: *NJ 1913-1988, Annotatoren kijken terug. Beschouwingen van de huidige annotatoren naar aanleiding van 75 jaar Nederlandse Jurisprudentie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 159-166.

Triffterer 1983

O. Triffterer, *Die österreichische Beteiligungslehre: eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?*, Wenen: Manz 1983

Van Hamel/Van Dijck 1927

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsch strafrecht*, vierde druk, bijgewerkt door J.V. van Dijck, Haarlem/Den Haag 1927

Van Toorenburg 1998

M.M. van Toorenburg, *Medeplegen* (diss. KUB), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Van Woensel 1993

A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993

Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005

W. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in *Systeem in ontwikkeling*, liber amicorum G. Knigge, red. A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis, Nijmegen: WLP 2005, p. 527- 546.

Vellinga-Schootstra 1985

F. Vellinga-Schootstra, 'Het daderschap van de natuurlijke persoon', in: *Daderschap en deelneming*, red. J.L. van der Neut, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985, p. 19-34.

Wiener Kommentar 2006

F. Höpfel & E. Ratz (red.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wenen: Manz 2006

Wolswijk 2007

H.D. Wolswijk, 'Medeplichtigheid', in *Plegen en deelnemen*, red. J.B.J. van der Leij, Deventer: Kluwer 2007, p. 182-209.

Wolswijk 2008

H.D. Wolswijk, 'Inlichtingen versus aansporingen', in: *Constante waarden*, liber amicorum C. Kelk, red. A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings, Den Haag: Jbu 2008, p. 261-267.

Wolswijk 2009

H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht', in E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-245.

Vragenlijst rechters en advocaten

I Uitlokking en doen plegen

1. Ervaart u het feit dat het WvSr in art. 47 een limitatieve opsomming geeft van de uitlokkingsmiddelen als knellend voor het bewijs? Vervullen deze uitlokkingsmiddelen nog steeds een nuttige functie?
2. Is voor u voldoende helder in welke omstandigheden u mag/kunt aannemen dat het psychisch omslagpunt door een uitlokkingsmiddel is bewerkstelligd?
3. Is voor u voldoende duidelijk in welke gevallen en of onder welke omstandigheden een gepleegd strafbaar feit nog binnen het opzet van de uitlokker valt?
4. Is voor u het onderscheid tussen doen plegen en uitlokking voldoende helder?
5. Acht u het op basis van uw ervaring in de praktijk van de strafrechtspleging problematisch dat de wet voor de intellectuele dader verschillende vormen van aansprakelijkheid kent (aansprakelijkheid als doen pleger, als uitlokker en als functioneel pleger)?

II Functioneel plegen

1. Is voor u voldoende duidelijk wanneer functioneel plegen kan worden aangenomen? Is in voldoende mate duidelijk of een delictsgeleding zich leent voor (alleen) feitelijk dan wel functioneel plegen?
2. Levert het vaststellen van opzet bij de functionele pleger (natuurlijk persoon) problemen op?
3. Geeft de afgrenzing van functioneel plegen met doen plegen en andere deelnemingsvormen in de praktijk problemen bij bewijs en/of kwalificatie?
4. Kan naar uw oordeel 'doen plegen' worden gemist?

III Medeplegen

1. Is voor u voldoende duidelijk in welke gevallen en/of onder welke omstandigheden gedragingen van een betrokkene deze tot medepleger maken?
2. Zijn er gevallen geweest waarin u, om door u strafwaardig geacht gedrag te kunnen bestraffen, de grenzen van medeplegen hebt opgezocht?

HR 22 december 2009, LJN BK3356 (Vlinderbom Akkrum): Uit de bewijsmiddelen en de daaraan toegevoegde bewijsoverweging kan niet zonder meer volgen dat verdachte telkens zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van medeplegen, in aanmerking genomen dat het louter aanwezig zijn bij en zich niet distantiëren van een door een ander gepleegde vernieling, alsmede het louter instemmen met die vernieling, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien daarvoor onvoldoende zijn. De bewezenverklaring is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

3. In de rechtspraak is een bescheiden rol weggelegd voor het medeplegen door het, kort gezegd, zich niet distantiëren van gedragingen van de ander. Is voldoende duidelijk in welke gevallen en/of onder welke omstandigheden daarvan sprake kan zijn?

HR 12 april 2005, NJ 2005, 577, m.nt. PMe: verdachte is aanwezig geweest bij de verwurging, heeft V.V. daarvan niet weerhouden en heeft zich op geen enkele wijze van het handelen van V.V. gedistantieerd, hoewel daartoe gelegenheid moet hebben bestaan ; voorts heeft hof kennelijk betekenis toegekend aan de gezamenlijkheid van het optreden van de verdachte en V.V. zoals die tot uitdrukking komt in (...).

HR 22 december 2009, LJN BK3356 (Vlinderbom Akkrum): Uit de bewijsmiddelen en de daaraan toegevoegde bewijsoverweging kan niet zonder meer volgen dat verdachte telkens zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van medeplegen, in aanmerking genomen dat het louter aanwezig zijn bij en zich niet distantiëren van een door een ander gepleegde vernieling, alsmede het louter instemmen met die vernieling, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien daarvoor onvoldoende zijn. De bewezenverklaring is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682, m.nt. PMe: verdachte had zich kunnen distantiëren van het geweld van de medeverdachte (HR: anders); HR 14 oktober 2003, NJ 2005, 183, m.nt. Kn.: o.m. niet distantiëren, toereikend bewijs; zo ook in HR 11 januari 2000, NJ 2000, 228.

4. Medeplegen is mogelijk ook wanneer de verdachte niet aanwezig is geweest bij de uitvoering van het delict. Bent u van oordeel dat voldoende werkbaar is omlijnd in welke gevallen en/of onder welke omstandigheden daarvan sprake kan zijn?
5. Is voor u voldoende duidelijk waarop het opzet van de medepleger betrekking moet hebben ('dubbel opzet')?
6. Ervaart u in verband met de eis van dubbel opzet kwesties rond het uiteenlopend opzet van de verschillende medeplegers als probleem?
7. Wordt uit rechtspraak en literatuur voldoende duidelijk in welke gevallen er sprake kan zijn van het medeplegen van een culpoos delict? Wordt het bewijs van het medeplegen van een culpoos delict in de praktijk als een probleem ervaren?

HR 6 oktober 2009, LJN BJ9367: Dodelijk verkeersongeval. Het Hof heeft o.m. vastgesteld dat verdachte en zijn medeverdachte, mede gelet op hun te hoge snelheid waarmee zij rond 20.00 uur in het centrum van Leeuwarden dicht achter elkaar op een bochtige weg reden waar gelet op het tijdstip andere (zwakkere) verkeers-deelnemers te verwachten waren, beiden roekeloos hebben gereden. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat i.c. aan een veroordeling voor het medeplegen van het culpoos veroorzaken van een ernstig verkeersongeval niet in de weg staat dat niet beide verkeersdeelnemers met de door hen bestuurde auto's met het slachtoffer in botsing zijn gekomen. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is (vgl. HR 7 juli 2009, LJN BI3862).

Cag Bleichrodt:

3.10 Naar mijn mening is in gevallen als de onderhavige in dit opzicht bepalend of sprake was van een "bewuste samenwerking" gericht op een patroon van verkeershandelingen, waarvan het gevaar voorzienbaar was. Het niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof komt erop neer dat dit in deze zaak het geval was.

8. Wordt de wijze van telasteleggen van medeplegen in voorkomende gevallen als problematisch ervaren bij het bewijs? Bijvoorbeeld: telastegelegd is handelen tezamen en in vereniging met een ander/met anderen, in louter feitelijk deel van de tenlastelegging worden gedragingen vermeld van alléén de verdachte (vgl. HR 28 oktober 2008, LJN BE9603) of van alléén de medeverdachte.

LJN BE9603: De in de tll. voorkomende woorden “tezamen en in vereniging met een ander of anderen” hebben geen kwalificatieve betekenis doch vormen de feitelijke omschrijving van het begrip “medeplegen”. Het “medeplegen” kan uit de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid en uit hetgeen het Hof in dat verband voorts nog heeft overwogen. Daardoor berust de klacht dat de bewezenverklaring innerlijk tegenstrijdig is (doordat “tezamen en in vereniging met een ander” bewezen is verklaard maar van “en/of zijn mededaders” is vrijgesproken) op een verkeerde lezing van de bewezenverklaring.

9. Ziet u de vermelding in de tenlastelegging van feitelijk handelen waarin het medeplegen heeft bestaan als uitputtende opsomming? In hoeverre hangt dat af van de mate van gedetailleerdheid van de tenlastelegging?
10. Indien niet, hoeveel ruimte ziet u voor het opnemen in de bewijsmiddelen van andere feiten die de conclusie dat er zodanig bewust en nauw is samengewerkt dat er sprake is van medeplegen moeten dragen?
11. Geeft de eis dat de medeplegers opzet moeten hebben op de bestanddelen van het delict problemen bij de interpretatie van de tenlastelegging?

HR 10 april 2007, LJN AZ5713 Opzet bij medeplegen van wederrechtelijke vrijheidsberoving. Vooropgesteld wordt dat (a) ten laste van verdachte is bewezenverklaard dat hij als medepleger heeft deelgenomen aan het wederrechtelijk van de vrijheid beroven en beroofd houden van X en Y, hetgeen uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid, en (b) voor zo een bewezenverklaring niet is vereist dat verdachte op de hoogte is geweest van de precieze gedragingen van zijn mededader(s). Gelet daarop kan onbesproken blijven waaraan het hof zijn oordeel heeft ontleend dat verdachte “gelet op zijn positie als bestuurder van de bus, ook moet hebben gezien dat X en Y waren gekneveld”.

IV Medeplichtigheid

1. Bestaat er bij u voldoende duidelijkheid over de buitengrenzen van de medeplichtigheid?
2. Is voor u de grens tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid helder?

HR 24 maart 2009, LJN BG4831 Behulpzaam zijn “bij” (simultaan) of “tot” (consecutief), art. 48 Sr? Vzv. de klacht berust op de opvatting dat het “behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf” a.b.i. art. 48 Sr niet mede kan bestaan uit het geven van informatie aanwijzingen en adviezen, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Ook overigens faalt het middel, nu het Hof heeft vastgesteld dat verdachte de in de bewezenverklaring genoemde informatie, aanwijzingen en adviezen heeft gegeven binnen de bewezenverklarde periode, zodat het oordeel van het Hof dat verdachte behulpzaam is geweest “bij” het misdrijf geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk is.

3. Is voor u de grens duidelijk tussen gelijktijdige medeplichtigheid en begunstiging?

HR 15 december 1987, NJ 1988, 835, m.nt. GEM: conform een van te voren gemaakte afspraak met een vluchtauto in de nabijheid van de p.d. opwachten van de pleger teneinde hem de vlucht mogelijk/gemakkelijk te maken levert onder omstandigheden op het behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf.

4. Is het voor u voldoende helder wanneer er sprake is van zgn. passieve medeplichtigheid?

HR 12 december 2000, NJ 2002, 516, m.nt. Kn, in strijd met een rechtsplicht opzettelijk nalaten te beletten dat het misdrijf wordt gepleegd.

5. Is naar uw oordeel een vereenvoudiging van de strafbaarstelling van medeplichtigheid wenselijk? (te denken valt aan schrappen van het onderscheid tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid en het schrappen van de trits 'gelegenheid, middelen of inlichtingen')
6. Geeft de eis dat de medeplichtige opzet moeten hebben op de bestanddelen van het delict problemen bij de interpretatie van de tenlastelegging en bij het bewijs?

Hoge Raad 4 maart 2008, LJN BCo780: OM-cassatie. Medeplichtigheid. Kennelijk heeft het Hof voor de vrijspraak van de medeplichtigheid in de 1e plaats van belang geacht dat niet kon worden bewezen dat het opzet van verdachte was gericht op de manier waarop het misdrijf zou worden uitgevoerd, i.c. door het gebruik van een vuurwapen. Daarmee heeft het een eis gesteld die geen steun vindt in het recht. Voor de bewezenverklaring van opzettelijke medeplichtigheid aan een misdrijf is o.m. vereist dat bewezen wordt dat verdachtes opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op dat misdrijf. Dat opzet omvat echter niet de precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan. Dat wordt niet anders nu in de tll bij de omschrijving van het door de daders voorgenomen misdrijf alleen het schieten als handeling ter uitvoering van het voornemen is genoemd.

7. Levert art. 49 vierde lid Sr problemen op bij de bewijs- en kwalificatievraag, i.v.m. de grondslag van de tenlastelegging? Vgl. 47 tweede lid Sr m.b.t. uitlokking.

HR 2 oktober 2007, LJN BA7932, NJ 2007, 553: Bewezen is verklaard dat verdachte opzettelijk middelen heeft verschaft tot het plegen van een moord. Daartoe is vereist dat niet alleen bewezen wordt dat verdachtes opzet gericht was op het verschaffen van middelen a.b.i. art. 48.2° Sr, doch tevens dat verdachtes opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op het misdrijf (vgl. HR LJN AD4372). Daarbij verdient echter opmerking dat enerzijds t.a.v. de medeplichtige bij de bewezenverklaring en kwalificatie moet worden uitgegaan van de door de dader verrichte handelingen, ook indien het opzet van de medeplichtige slechts was gericht op een deel daarvan, en dat anderzijds het maximum van de aan de medeplichtige op te leggen straf 1/3 minder bedraagt dan het maximum van de straf, gesteld op het misdrijf dat de medeplichtige voor ogen stond (vgl. HR LJN AD0021). Het Hof heeft tot uitdrukking gebracht dat verdachte in algemene zin op de hoogte was van het voornemen van de daders tot het plegen van een overval, dat hij anders dan de daders geen voorbedachte raad ten aanzien van de dood van het slachtoffer heeft gehad, maar wel (voorwaardelijk) opzet op de dood van een slachtoffer. Het daarop gebaseerde oordeel van het Hof dat het handelen van verdachte als medeplichtigheid aan moord kan worden gekwalificeerd, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. De opvatting dat in een geval als i.c. ook bij de medeplichtige sprake moet zijn geweest van voorbedachte raad, vindt geen steun in het recht. De beslissing (dat verdachte wel (voorwaardelijk) opzet heeft gehad op de dood van het slachtoffer maar dat geen sprake was van voorbedachte raad) die met zich meebrengt dat het toepasselijke strafmaximum is bepaald o.g.v. medeplichtigheid tot doodslag en niet o.g.v. medeplichtigheid tot moord, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 49.4 Sr.

8. Wordt de wijze waarop in de tenlastelegging de medeplichtigheid is omschreven als belemmerend ervaren bij het bewijs van het telastegelegde feit?

HR 4 maart 2008, LJN BCo780: Medeplichtigheid. Kennelijk heeft het Hof voor de vrijspraak van de medeplichtigheid in de 1e plaats van belang geacht dat niet kon worden bewezen dat het opzet van verdachte was gericht op de manier waarop het misdrijf zou worden uitgevoerd, i.c. door het gebruik van een vuurwapen. Daarmee heeft het een eis gesteld die geen steun vindt in het recht. Voor de bewezenverklaring van opzettelijke medeplichtigheid aan een misdrijf is o.m. vereist dat bewezen wordt dat verdachtes opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op dat misdrijf. Dat opzet omvat echter niet de precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan. Dat wordt niet anders nu in de tll bij de omschrijving van het door de daders voorgenomen misdrijf alleen het schieten als handeling ter uitvoering van het voornemen is genoemd.

9. Heeft de medeplichtigheid naast het medeplegen een zelfstandige functie?
10. In verband met de eis van dubbel opzet; worden kwesties rond het uiteenlopend opzet van (mede)pleger-medeplichtige als probleem ervaren voor bewijs, kwalificatie of strafmaat?
11. Is het onderscheid tussen passieve medeplichtigheid (medeplichtigheid door nalaten) en medeplegen door nalaten voor u voldoende duidelijk?

V Rechtspersoon

1. Geven de Drijfmestcriteria een goed richtsnoer bij het vaststellen van het daderschap van de rechtspersoon?
2. Geven de Slavenburgcriteria een goede begrenzing van de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever?

Afsluitend

1. Bent u in uw werk problemen betreffende de interpretatie, de tenlastelegging, het bewijs of de kwalificatie van plegen en deelneming tegengekomen die in het voorgaande niet aan de orde zijn geweest?
2. Ervaart u in uw werk het onderscheid tussen plegen en deelnemen als problematisch?
3. Ervaart u in uw werk het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid als problematisch?

Vragenlijst leden van het openbaar ministerie

I Uitlokking en doen plegen

1. Ervaart u het feit dat het WvSr in art. 47 een limitatieve opsomming geeft van de uitlokkingsmiddelen als knellend voor het bewijs? Vervullen deze uitlokkingsmiddelen nog steeds een nuttige functie?
2. Is voor u voldoende helder in welke omstandigheden u mag/kunt aannemen dat het psychisch omslagpunt door een uitlokkingsmiddel is bewerkstelligd?
3. Is voor u voldoende duidelijk in welke gevallen een gepleegd strafbaar feit nog binnen het opzet van de uitlokker valt?
4. Is voor u het onderscheid tussen doen plegen en uitlokking voldoende helder?
5. Acht u het op basis van uw ervaring in de praktijk van de strafrechtspleging problematisch dat de wet voor de intellectuele dader verschillende vormen van aansprakelijkheid kent (aansprakelijkheid als doen pleger, als uitlokker en als functioneel pleger)?

II Functioneel plegen

1. Is voor u voldoende duidelijk wanneer functioneel plegen kan worden aangenomen? Is in voldoende mate duidelijk of een delictsgedraging zich leent voor (alleen) feitelijk dan wel functioneel plegen?
2. Levert het vaststellen van opzet bij de functionele pleger (natuurlijk persoon) problemen op?
3. Geeft de afgrenzing van functioneel plegen met doen plegen en andere deelnemingsvormen in de praktijk problemen bij bewijs en/of kwalificatie?

III Medeplegen

1. Is voor u voldoende duidelijk in welke gevallen en/of onder welke omstandigheden gedragingen van een betrokkene deze tot medepleger maken?
2. In de rechtspraak is een bescheiden rol weggelegd voor het medeplegen door het, kort gezegd, zich niet distantiëren van gedragingen van de ander. Is u voldoende duidelijk in welke gevallen daarvan sprake kan zijn?

HR 12 april 2005, NJ 2005, 577, m.nt. PMe: verdachte is aanwezig geweest bij de verwurging, heeft V.V. daarvan niet weerhouden en heeft zich op geen enkele wijze van het handelen van V.V. gedistantieerd, hoewel daartoe gelegenheid moet hebben bestaan ; voorts heeft hof kennelijk betekenis toegekend aan de gezamenlijkheid van het optreden van de verdachte en V.V. zoals die tot uitdrukking komt in (...).

HR 22 december 2009, LJN BK3356 (Vlinderbom Akkrum): Uit de bewijsmiddelen en de daaraan toegevoegde bewijsoverweging kan niet zonder meer volgen dat verdachte telkens zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van medeplegen, in aanmerking genomen dat het louter aanwezig zijn bij en zich niet distantiëren van een door een ander gepleegde vernieling, alsmede het louter instemmen met die vernieling, ieder voor zich en in onderlinge

samenhang bezien daarvoor onvoldoende zijn. De bewezenverklaring is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682, m.nt. PMe: verdachte had zich kunnen distantiëren van het geweld van de medeverdachte (HR: anders); HR 14 oktober 2003, NJ 2005, 183, m.nt. Kn.: o.m. niet distantiëren, toereikend bewijs; zo ook in HR 11 januari 2000, NJ 2000, 228.

3. Medeplegen is mogelijk ook wanneer de verdachte niet aanwezig is geweest bij de uitvoering van het delict. Bent u van oordeel dat voldoende werkbaar is omljnd in welke gevallen daarvan sprake kan zijn?
4. Is voldoende duidelijk waarop het opzet van de medepleger betrekking moet hebben ('dubbel opzet')?
5. Wordt uit rechtspraak en literatuur voldoende duidelijk in welke gevallen er sprake kan zijn van het medeplegen van een culpoos delict? Wordt het in de tenlastelegging stellen en het bewijzen van medeplegen van een culpoos delict in de praktijk als een probleem ervaren?

HR 6 oktober 2009, LJN BJ9367: Dodelijk verkeersongeval. Het Hof heeft o.m. vastgesteld dat verdachte en zijn medeverdachte, mede gelet op hun te hoge snelheid waarmee zij rond 20.00 uur in het centrum van Leeuwarden dicht achter elkaar op een bochtige weg reden waar gelet op het tijdstip andere (zwakkere) verkeersdeelnemers te verwachten waren, beiden roekeloos hebben gereden. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat i.c. aan een veroordeling voor het medeplegen van het culpoos veroorzaken van een ernstig verkeersongeval niet in de weg staat dat niet beide verkeersdeelnemers met de door hen bestuurde auto's met het slachtoffer in botsing zijn gekomen. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is (vgl. HR 7 juli 2009, LJN BI3862).

Cag Bleichrodt:

3.10 Naar mijn mening is in gevallen als de onderhavige in dit opzicht bepalend of sprake was van een "bewuste samenwerking" gericht op een patroon van verkeershandelingen, waarvan het gevaar voorzienbaar was. Het niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof komt erop neer dat dit in deze zaak het geval was.

6. Ziet u de vermelding in de tenlastelegging van feitelijk handelen waarin het medeplegen heeft bestaan als uitputtende opsomming? In hoeverre hangt dat af van de mate van gedetailleerdheid van de tenlastelegging?
7. In verband met de eis van dubbel opzet: worden kwesties rond het uiteenlopend opzet van de verschillende medeplegers als probleem ervaren bij het opstellen van de tenlastelegging?
8. Hoe ziet in uw ogen de ideale tenlastelegging van medeplegen eruit, met name wat betreft de omschrijving van het feitelijk handelen van de verschillende medeplegers?

Probleemgevallen: tenlastegelegd is handelen tezamen en in vereniging met een ander/met anderen, in louter feitelijk deel van de tenlastelegging worden gedragingen vermeld van alléén de verdachte (vgl. HR 28 oktober 2008, LJN BE9603) of van alléén de medeverdachte.

LJN BE9603: De in de tll. voorkomende woorden "tezamen en in vereniging met een ander of anderen" hebben geen kwalificatieve betekenis doch vormen de feitelijke omschrijving van het begrip "medeplegen". Het "medeplegen" kan uit de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid en uit hetgeen het Hof in dat verband voorts nog heeft overwogen. Daardoor berust de klacht dat de

bewezenverklaring innerlijk tegenstrijdig is (doordat “tezamen en in vereniging met een ander” bewezen is verklaard maar van “en/of zijn mededaders” is vrijgesproken) op een verkeerde lezing van de bewezenverklaring.

9. Welke zijn de aandachtspunten bij het opstellen van een tenlastelegging ter zake van medeplegen?

HR 6 juli 2004, NJ 2004, 443: In (de bewezenverklaring van) een op medeplegen toegespitste tenlastelegging, inhoudende dat verdachte tezamen en in vereniging met een ander het feit heeft gepleegd, behoeft niet te worden gemeld of en zo ja welke feitelijke handelingen verdachte zelf dan wel zijn mededader heeft verricht.

10. Wordt in geval van een tenlastelegging ter zake van medeplegen steeds medeplichtigheid als subsidiair feit ten laste gelegd?

11. Welke factoren bepalen in voorkomende gevallen de keuze tussen het ten laste leggen van medeplegen dan wel functioneel plegen? Wordt de keus als problematisch ervaren?

HR 23 maart 2010, LJN BL1689: 2.2.3. Het Hof heeft voorts het volgende overwogen:

"1. Feit 1 van de tenlastelegging ziet op het vervoeren, verkopen en/of afleveren en/of verstrekken en/of aanwezig hebben van hashish. Blijkens het dossier ziet dat verwijt op verdachtes bemoeienissen met de Coffeeshop [A] te [plaats]. Daar, bij die coffeeshop, zou min of meer stelselmatig, een (veel) te grote voorraad zijn aangehouden, belangrijk meer dan toelaatbaar was (500 gram) op grond van de voorwaarden waaronder het gedoogbeleid gestalte kreeg. Op 17 november 2004 werd daar en in de onmiddellijke omgeving een handelsvoorraad softdrugs aangetroffen van in totaal meer dan 5 kilogram. Feit 2 ziet op de buiten de shop aangetroffen hoeveelheden softdrugs

2. In en buiten de coffeeshop [A] te [plaats], die verdachte (middels een incorporated, rechtspersoon naar het recht van de Amerikaanse staat Delaware) met zekere [getuige 1] exploiteert en destijds exploiteerde werd (belangrijk) meer dan de toegestane handelshoeveelheid softdrugs aangetroffen. De softdrugs die in een dichtbij de shop geparkeerde auto en in een pand even verderop in dezelfde straat werden aangetroffen, rekent het hof ook tot de handelsvoorraad omdat die softdrugs door en voor het personeel van de coffeeshop direct en snel bereikbaar waren en de praktijk was dat die voorraad telkens werd aangesproken om die in de shop op peil te houden. Het is niet gesteld of gebleken en geenszins aannemelijk geworden dat daarvoor nodig was dat werd bijgekocht of iets dergelijk (de verklaringen van [getuige 3] tegenover de politie en ter zitting van het hof afgelegd laten anders zien, ook voor zover het 2003 betreft) en van enige zeggenschap over of eigendom van die buiten de shop gevonden hoeveelheden die berustte bij een derde, is niet gebleken. Daaruit leidt het hof af dat het vaste praktijk was dat [A] over een grotere handelsvoorraad softdrugs beschikte dan 500 gram.

3. Het verweer dat eigenlijk alleen maar sprake is geweest van een - toelaatbaar - aanvullen of bijvullen van de handelsvoorraad van de shop, vindt in de beschreven omstandigheden en de daaruit zo-even getrokken conclusie zijn weerlegging. Dat betekent dat in strijd gehandeld werd met de AHOJG-criteria en dat leidt tot de conclusie dat het het OM met het gedoogbeleid als gegeven (toch) vrijstond om ter zake van beide feiten en in het bijzonder feit 1 tot vervolging over te gaan. Voorzover in het verweer besloten ligt dat het OM niet-ontvankelijk zou zijn omdat de coffeeshop wel bleef binnen de genoemde criteria, verdient dat te worden verworpen.

4. De rol van verdachte:

Verdachte, die zichzelf ziet als mede-eigenaar van de shop, verweert zich met de stelling dat hij zich steeds heeft beziggehouden met "activiteiten die zich op het externe richtten". Hij onderhoudt de

contacten met de gemeente, met de wijkagent, met de buurt en doet de public relations. Hij zou evenwel geen wetenschap hebben van de wijze waarop de verantwoordelijke bedrijfsleiders de coffeeshop dreven en drijven en geen wetenschap van de aankoop, levering en verkoop van de daar verhandelde softdrugs.

5. Ook met deze taakverdeling als gegeven ziet het hof verdachte als medepleger zoals het in feit 1 neergelegde verwijt dat veronderstelt. De rol van verdachte was kennelijk een essentiële hetgeen ook blijkt uit het salaris dat hij ontving. Het beeld dat oprijst uit de populariteit van de shop, de beklanting, de cijfers die daarover en de met die shop behaalde resultaten bekend zijn, maken ook met die taken van verdachte als gegeven, onaannemelijk dat verdachte geen weet gehad heeft of heeft behoeven te hebben van die problematiek. Voor zover hij daarvan geen weet had, had zich ervan moeten en kunnen vergewissen dat binnen de marges van het gedoogbeleid werd gehandeld. Hij zal zich met inkoop en bevoorradings misschien niet hebben ingelaten of willen inlaten, maar dat kan géén beroep op afwezigheid van alle schuld (aldus interpreteert het hof de aan dit verweer te verbinden gevolgtrekking) opleveren. (...)"

2.3. Uit 's Hof's bewijsmotivering kan niet volgen dat de verdachte wat betreft het bewezenverklarde opzettelijk verkopen en afleveren van hennep en/of hasjesj (telkens) zo nauw en bewust met een ander of anderen heeft samengewerkt dat sprake is van het medeplegen van die gedragingen. De door het Hof blijkens zijn hiervoor onder 2.2.3 sub 5 weergegeven overweging in aanmerking genomen omstandigheden zijn onvoldoende om een dergelijke bewuste en nauwe samenwerking te kunnen aannemen. De bewezenverklaring is dus in zoverre ontoereikend gemotiveerd.

HR 30 mei 2006, LJN AV2344: In de uitoefening van een beroep of bedrijf medeplegen van opzettelijk handelen i.s.m. art. 3.B Opiumwet. Uit de gebezigde bewijsmiddelen - waarin sprake is van 2 transacties van soft drugs op 31-10-02 in de coffeeshop van verdachte - kan niet volgen dat verdachte wat de bewezenverklarde gedragingen betreft (telkens) zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van medeplegen. De enkele - uit het bewijs blijkende - omstandigheden dat verdachte eigenaar van de desbetreffende coffeeshop was en de verantwoordelijkheid droeg voor hetgeen in die coffeeshop gebeurde zijn onvoldoende om een dergelijke bewuste en nauwe samenwerking te kunnen aannemen. Het hof heeft in zijn nadere bewijsoverweging geoordeeld dat verdachte de verboden handelingen heeft aanvaard dan wel dat hij dergelijke handelingen placht te aanvaarden, maar voor dat oordeel is in de gebezigde bewijsmiddelen geen steun te vinden. Dat oordeel kan ook niet zonder meer volgen uit de daartoe door het hof in die bewijsoverweging van belang geachte omstandigheden, te weten dat verdachte het personeel instrueerde, de inkomsten genereerde en de uiteindelijke kascontrole uitvoerde, nog daargelaten dat die omstandigheden niet uit die bewijsmiddelen blijken (...)

Vgl. ook HR 6 december 2005, NJ 2007, 455: art. 326 Sr maakt vervolging en bestraffing mogelijk van indirecte, d.m.v. met behulp van niet-strafbare (tussen)persoon gepleegde oplichting.

12. Wordt in geval van medeplegen doorgaans de 25% toeslag van Bos-Polaris in de eis verdisconteerd?

De Bos-polaris richtlijn in deze zou kunnen verklaren waarom in het (in eerste hoofdstuk besproken) arrest HR 12 januari 2010, BKO972 toch een rechtens te respecteren belang kan bestaan bij vernietiging van het bestreden arrest:

Bewezenverklaard was dat verdachte 'tezamen en in vereniging met een ander opzettelijk hennep, althans enige gebruikelijke bereiding waaraan de hars die uit hennep wordt getrokken ten

grondslag ligt, aanwezig heeft gehad.’ Uit de bewijsmiddelen bleek evenwel niet van een nauwe en bewuste samenwerking. Daaruit bleek dat de marihuana was aangetroffen in een pand waar verdachte samenwoonde met de medeverdachte, maar dat de marihuana volgens de verdachte van hem was. AG Knigge stelt vast dat het opzettelijk aanwezig hebben van hennep niet met een zwaardere straf wordt bedreigd indien er sprake is van medeplegen. En uit het arrest blijkt volgens hem evenmin dat het Hof bij de bepaling van de op te leggen straf rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat verdachte de drugs tezamen en in vereniging met een ander in huis had. Tegen die achtergrond heeft de verdachte naar zijn mening geen rechtens te respecteren belang bij de in dit middel opgeworpen klacht. Het bewezenverklarde medeplegen zou volgens Knigge eventueel als een misslag kunnen worden aangemerkt die zich voor herstel in cassatie leent. Maar de Hoge Raad denkt daar anders over: ‘Aangezien deze bewezenverklaring, voor zover behelzende dat het feit ‘tezamen en in vereniging met een ander’ is gepleegd, niet zonder meer kan worden afgeleid uit de inhoud van de gebezigde bewijs-middelen, is de uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omleed.’

IV Medeplichtigheid

1. Bestaat er bij u voldoende duidelijkheid over de buitengrenzen van de medeplichtigheid?
2. Is voor u de grens tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid helder?

HR 24 maart 2009, LJN BG4831 Behulpzaam zijn “bij” (simultaan) of “tot” (consecutief), art. 48 Sr? Vzv. de klacht berust op de opvatting dat het “behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf” a.b.i. art. 48 Sr niet mede kan bestaan uit het geven van informatie aanwijzingen en adviezen, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Ook overigens faalt het middel, nu het Hof heeft vastgesteld dat verdachte de in de bewezenverklaring genoemde informatie, aanwijzingen en adviezen heeft gegeven binnen de bewezenverklarde periode, zodat het oordeel van het Hof dat verdachte behulpzaam is geweest “bij” het misdrijf geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk is.

3. Is voor u de grens duidelijk tussen gelijktijdige medeplichtigheid en begunstiging?

HR 15 december 1987, NJ 1988, 835, m.nt. GEM: conform een van te voren gemaakte afspraak met een vluchtauto in de nabijheid van de p.d. opwachten van de pleger teneinde hem de vlucht mogelijk/gemakkelijk te maken levert onder omstandigheden op het behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf.

4. Is het voor u voldoende helder wanneer er sprake is van zgn. passieve medeplichtigheid?

HR 12 december 2000, NJ 2002, 516, m.nt. Kn, in strijd met een rechtsplicht opzettelijk nalaten te betetten dat het misdrijf wordt gepleegd.

5. Is naar uw oordeel een vereenvoudiging van de strafbaarstelling van medeplichtigheid wenselijk? (te denken valt aan schrappen van het onderscheid tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid en het schrappen van de trits ‘gelegenheid, middelen of inlichtingen’)

6. Is het onderscheid tussen passieve medeplichtigheid (medeplichtigheid door nalaten) en medeplegen door nalaten voor u voldoende duidelijk?
7. Geeft de eis dat de medeplichtige opzet moeten hebben op de bestanddelen van het delict problemen bij de formulering van de tenlastelegging?

Hoge Raad 4 maart 2008, LJN BCo780: OM-cassatie. Medeplichtigheid. Kennelijk heeft het Hof voor de vrijspraak van de medeplichtigheid in de 1e plaats van belang geacht dat niet kon worden bewezen dat het opzet van verdachte was gericht op de manier waarop het misdrijf zou worden uitgevoerd, i.c. door het gebruik van een vuurwapen. Daarmee heeft het een eis gesteld die geen steun vindt in het recht. Voor de bewezenverklaring van opzettelijke medeplichtigheid aan een misdrijf is o.m. vereist dat bewezen wordt dat verdachtes opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op dat misdrijf. Dat opzet omvat echter niet de precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan. Dat wordt niet anders nu in de tll bij de omschrijving van het door de daders voorgenomen misdrijf alleen het schieten als handeling ter uitvoering van het voornemen is genoemd.

HR 4 maart 2008, LJN BCo780: Medeplichtigheid. Kennelijk heeft het Hof voor de vrijspraak van de medeplichtigheid in de 1e plaats van belang geacht dat niet kon worden bewezen dat het opzet van verdachte was gericht op de manier waarop het misdrijf zou worden uitgevoerd, i.c. door het gebruik van een vuurwapen. Daarmee heeft het een eis gesteld die geen steun vindt in het recht. Voor de bewezenverklaring van opzettelijke medeplichtigheid aan een misdrijf is o.m. vereist dat bewezen wordt dat verdachtes opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op dat misdrijf. Dat opzet omvat echter niet de precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan. Dat wordt niet anders nu in de tll bij de omschrijving van het door de daders voorgenomen misdrijf alleen het schieten als handeling ter uitvoering van het voornemen is genoemd.

8. Levert de tenlastelegging van medeplichtigheid specifieke problemen op? Zijn deze problemen groter bij passieve dan bij actieve medeplichtigheid?

V Rechtspersoon

1. Geven de Drijfmeestercriteria een goed richtsnoer bij het vaststellen van het daderschap van de rechtspersoon?
2. Geven de Slavenburgcriteria een goede begrenzing van de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever?

Afsluitend

1. Bent u in uw werk problemen betreffende de interpretatie, de tenlastelegging, het bewijs of de kwalificatie van plegen en deelneming tegengekomen die in het voorgaande niet aan de orde zijn geweest?
2. Ervaart u in uw werk het onderscheid tussen plegen en deelnemen als problematisch?
3. Ervaart u in uw werk het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid als problematisch?

Bijlage 1 – Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter

Prof. mr. C.P.M. Cleiren
Hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht
Instituut voor Strafrecht en Criminologie
Universiteit Leiden

Leden

Mr. dr. M.J.A. Duker
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Vrije Universiteit Amsterdam

Mr. E.C. van Ginkel
Ministerie van Justitie
Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC)
Extern Wetenschappelijke Betrekkingen

Mr. F.J.E. Krips
Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving

Mr. P. Verrest
Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving

Bijlage 2 - Respondenten

Mr. D. Brouwer (advocaat)

Mr. J. Chorus (vice-president gerechtshof Amsterdam)

Mr. A.L.A. van Dorst (vice-president Hoge Raad der Nederlanden)

Mr. E.E.G. Duijts (officier van justitie arrondissemensparket Zwolle)

Mr. K.J. van Dijk (raadsheer gerechtshof `s-Hertogenbosch)

Mr. A.M.G. Ellenbroek (rechter rechtbank Almelo)

Mr. J. Italianer (advocaat)

Prof. mr. A. J. M. Machielse (advocaat-generaal Hoge Raad der Nederlanden)

Mr. F. Posthumus (advocaat-generaal ressortsparket Amsterdam)

Mr. J.B.H.M. Simmelink (advocaat-generaal ressortsparket Leeuwarden)

Mr. H.J.M. Smid-Verhage (rechter rechtbank `s-Gravenhage)

Mr. C. Waling (advocaat)